Scheinvollmacht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Herbert Kothe
aus Leobschütz O/S

Approbiert am 11. Febr. 1937.

1937

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Ofr., Klosterstr. 16

1937/302

Referent:
Univ.-Professor Geh. Just.-Rat Dr. Bernhard Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Angehörigen
in Liebe und Dankbarkeit!

Inhaltsübersicht.

Seite:

Einleitung: Ueberblick. 1

Erster Teil:

Die vom Gesetz geregelten Fälle der Scheinvollmacht. 4

1. Kapitel: Im BGB. 4

2. Kapitel: Im HGB und seinen Nebengesetzen. 22

Zweiter Teil:

Die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Fälle der Scheinvollmacht. 28

1. Kapitel: Ihre dogmatische Erfassung durch die Lehre von der stillschweigenden Bevollmächtigung. 29

2. Kapitel: Ihre Einordnung in das geltende Rechtssystem durch analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Scheinvollmacht. 39

A. Der Rechtsscheintatbestand als objektive Grundlage der Scheinvollmacht 41

B. Die Veranlassung des Rechtsscheintatbestandes durch den Geschäftsherrn als subjekive Grundlage der Scheinvollmacht. 47

C. Der gute Glaube des Dritten. 51

D. Unanfechtbarkeit d. Rechtsscheintatbestandes. 54

Dritter Teil:

Die Scheinvollmacht als allgemeines Rechtsprinzip. 55

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Baer, Haftung aus Scheinvollmacht. Bd. 23 der Rechtsfragen der Praxis. 1929.

Biermann, Bürgerliches Recht. I. Bd. 1908.

ders. Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. In Festgabe der Gießener Jur. Fakultät für Dernburg. 1900.

Breit, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretungsmacht. SeuffBl. 73, 841.

Bruck-Dörstling, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. 7. Aufl. 1932.

Coack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 7. Aufl. 1921.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Danz, in DJZ 1906, 1281 f.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 3. Aufl. 1906

Dietz, Die stillschweigende Bevollmächtigung. Diss. Gießen. 1932.

Düringer-Hachenburg, Komm. zum HGB. I. Bd. 3. Aufl. 1930.

Eccius, Zur Lehre von der Vollmacht nach dem BGB. In Gruch. Beitr. 47, 209 ff.

Ehlerding, Scheinvollmacht. Diss. Göttingen 1929.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 8. Aufl. 1903

Enneccerus-Nipperdey, Das bürgerliche Recht. Bd. I. 13. Aufl. 1931

Erbach, Die stillschweigende Vollmachtserteilung in der neueren Rechtsprechung. Diss. Marburg 1930.

Ernst, Haftung aus Scheinvollmacht. Diss. Freiburg 1934.

Flatau, Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal? In Gruch. 52, 753.

Foller, Das Erlöschen der Vollmacht nach dem Recht des BGB. Diss. Jena 1903.

v. Gierke, Julius, Handels- und Schiffahrtsrecht. 3. Aufl. 1929.

v. Gierke, Otto, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes im streitigen Recht. 1899.

Goldberger, Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach BGB. Diss. Heidelberg. 1908.

Hellwig, Besprechungen von Hupkas Vollmacht. In Ztschr. für deutschen Zivilprozeß, Bd. 29, 520 ff.

Heymann, Wechselzeichnungen der Sparkassen. In: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. 4 S. 287 ff. (Festschr. f. RG).

Hölder, Komm. zum Allg. Teil des BGB. 1900.

Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht 1903.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. 1894.
Jehle, Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers. Diss. Tübingen 1908.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. In Fisches Abhandl. 1900. Bd. 6 Heft 1.
Keyssner, Der Quittungsträger. In Festg. der Jur. Gesellschaft zu Berlin für Koch, 1913. S. 139 ff.
Kipp, Besprechung von Hupkas Schrift „Die Vollmacht". In ZHR 57, S. 214 ff.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1906.
Koenige, Komm. zum deutschen HGB. 1930.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. 8. Aufl. 1934.
Krause, Schweigen im Rechtsverkehr. In Arbeiten zum Handels-, Gewerbe und Landwirtschaftsrecht, herausg. von E. Heymann, Nr, 67. 1933.
Lehmann, Lehrbuch des Allgem. Teils des BGB. 1933.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Iherings Jahrb. 36 S. 1 ff.
Lenz, Inkassovollmacht eines Stadtreisenden. JRdsch. 1931, 150.
Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB. 1900.
Manigk, Das Anwendungsgebiet über Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 5. Heft der Erl. des Bürgerlichen Rechts von Leonhard. 1901.
ders. Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
ders. Irrtum und Auslegung. 1918.
ders. Stillschweigend bewirkte Vollmacht im Handelsrecht. In Beitr. zum Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Klausing, Nipperdey u. Nußbaum Heft 62, Bd. 2 1931 S. 590—671.
ders. in Iher. Jahrb. 83, 58 f.
Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. 1909.
Meyer, H. H. Die Scheinvollmacht im System der Lehre von der Vertretungsmacht nach BGB. Diss. Göttingen 1925.
Meyer, H. in Zeitschr. der Akad. für deutsches Recht 1935 53 f.
Motive, zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich.
Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung Archiv-Prax. 1901, 1 ff.
Nändrup, Rechtsscheinforschungen. Heft 1: Begriff des Rechtsscheins. 1910.
Oertmann, Komm. zum Allg. Teil des BGB. 3. Aufl. 1927.
ders. Komm. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1928.
ders. Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein in ZHR 1930, Bd. 95 S. 433 ff.
Oertmann, Problem der relativen Rechtszuständigkeit. Iher. Jahrb. 66, 208.

ders. in ArchbürgRe. 20, S. 74 ff.
Planck, Komm. zum Allg. Teil des BGB. 4. Aufl. 1913.
Prausnitz, O. Rechtsschein und Wirklichkeit. In ZHR 96, S. 10 ff.
Protokolle, der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.
Regelsberger, in Iher. Jahrb. 58, 166.
Regelsberger, Kritik über Wellspachers „Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. In Krit.V.JSchr. Bd. 24, S. 284.
Derselbe, in Krit.VJSchr. 47, 284 ff.
Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. 1899. Bd. II 1903.
Reinicke, Die Scheinvollmacht im Rahmen der Lehre vom Rechtsschein. Diss. Tübingen. 1924.
Riezler, Venire contra factum proprium. 1912.
Romeick, Zur Technik des BGB. In Jahrb. d. württ. Rechtspflege 1900 Bd. 12, 121 ff.
Rümelin, Das Handeln im fremden Namen. In ArchzivPr. 93, S. 300 ff.
Schaps, Das deutsche Seerecht. 2. Aufl, 1921.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbes. die obligatorischen Verträge. I. Bd. 1900, II. Bd. 1902.
Schmidt-Colinet, Die Scheinvollmacht. Diss. Göttingen 1931.
v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht. ArchbürgR. 28, 1 ff.
Staub, Komm. zum HGB. 13./14. Aufl. 1932.
Staudinger, Kom. zum Allgem. Teil des BGB. 10. Aufl. 1936.
Titze, in Ehrenbergs Handb. des Handelsrechts. II 919.
v. Tuhr, Der Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1910. II, 1 1914, II, 2 1918.
Vollmers, Begriff, Voraussetzungen und Wirkung der Scheinvollmacht. Diss. Göttingen 1931.
Warneyer, Komm. zum BGB. I. Bd. 2. Aufl. 1930.
Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. 1906.
Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgem. Teil 1900.
ders. in Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung eines BGB. herausg. von Becker und Fischer, Teil 2. 1890.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.	RGZ
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.	ROHG
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.	OVG
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.	OLG
Juristische Wochenschrift.	JW
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.	LZ

Warneiyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband	Warn u. WarnRspr.
Das Recht (jetzt Beilage zur deutschen Justiz). (Rechtsprechung). Recht	
Jahrbuch des deutschen Rechts.	JDR
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.	SeuffA
Archiv für die zivilistische Praxis.	ArchzivPr
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.	Gruch
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.	IherJahrb
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.	SeuffBl
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß	ZZP
Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht	ZHR
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetz u. Verwaltung	KritVJZSchr
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht	ZAkadDR
Blätter für Rechtspflege in dem Bezirk des Kammergerichts	KGBl.
Deutsche Juristenzeitung	DJZ
Juristische Rundschau	JRdsch
Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamtes für Privatversicherung, Berlin	VA

Einleitung: Ueberblick.

Der Ausdruck „Scheinvollmacht" [1] weist darauf hin, daß es sich in ihren Fällen um vollmachtsähnliche Tatbestände handelt. Sie gehören in das Gebiet der Lehre von der Stellvertretung.

Ueber die Stellvertretung handeln im BGB die §§ 164 ff. Stellvertretung im Sinne des BGB ist die Abgabe oder der Empfang einer Willenserklärung für einen anderen in dessen Namen derart, daß die Wirkungen des Geschäfts unmittelbar diesen — den Vertretenen — oder den Geschäftsherrn — treffen sollen. [2] Jede Stellvertretung greift demnach in einen fremden Rechtskreis ein. Sie entfaltet aber eine Fremdwirkung [3] nur dann, wenn ihr ein Tatbestand zugrundeliegt, der die Einwirkung auf das fremde Vermögen gerechtfertigt erscheinen läßt. Das Gesetz kennt gemeinhin zwei solche Tatbestände, die dem Handelnden Vertretungsmacht verleihen: die gesetzliche und die gewillkürte Vertretungsmacht. Die gesetzliche Vertretungsmacht beruht unmittelbar auf einer gesetzlichen Ermächtigung. Sie ist kasuistisch geregelt und einer bestimmten Person um ihrer besonderen Stellung oder um eines bestimmten Rechtsinstituts willen verliehen. [4] Die gewillkürte Vertretungsmacht, im BGB Vollmacht genannt, ist die durch einseitiges Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht, § 166 II BGB. Hier rechtfertigt die Vollmachtserteilung des Geschäftsherrn, eine Art Einwilligung, das Einwirken des Vertreters auf den Rechtskreis des Vertretenen. [5]

Nun gibt es aber auch Fälle, in denen dem im fremden Namen Handelnden eine gesetzliche oder auf Rechtsgeschäft beruhende Vertretungsmacht überhaupt nicht oder nicht mehr zusteht und wo doch unter bestimmten Voraussetzungen die Haftung des Geschäftsherrn im Interesse des mit dem Vertreter kontrahierenden gutgläubigen Dritten und aus Gründen der Rechtssicherheit eintritt.

---

1) Das Wort ist von v. Seeler (S. 3) geprägt worden.

2) Aehnlich: Lehmann, § 36 I; Enneccerus, Nipperdey, § 166, 1.

3) Raape, ArchzivPrax. 121, 266, 123, 200. Ueber den Begriff der Vollmacht im einzelnen vgl. Staudinger, § 167 Bem. 1 und 2.

4) Siehe im BGB: §§ 1627, 1630, 1686, 1693, 1793, 1909 ff., 1915 (gesetzliche Vertretung für Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen), 1357 (gesetzliche Vertretungsbefugnis der Ehefrau für den Ehemann), im HGB: §§ 125 ff., 149, 231, 247, 298, 493 f., im GmbHG.: §§ 35 ff., im Genossenschaftsgesetz: §§ 24 ff. Die Stellung gesetzlicher Vertreter haben auch die Organe juristischer Personen: §§ 26, 30, 86 BGB.

5) Vgl. Hupka, S. 23, H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 4; Ehlerding, S. 10.

Eine solche Rücksichtnahme auf den guten Glauben und die Verkehrssicherheit finden wir schon in Vorschriften des römischen Rechts. War jemand als institor ⟨Leiter eines Zweiggeschäftes⟩ in einer für Dritte erkennbaren Weise bestellt worden, so galt seine Bestellung gutgläubigen Dritten gegenüber auch nach seiner Entlassung solange als fortbestehend, bis die Beendigung äußerlich erkennbar hervortrat.[6]⟩ Wenn jemand ferner einem anderen in einer nach außen erkennbaren Weise Vollmacht gegeben hatte, Zahlungen anzunehmen ⟨sogen. Inkassovollmacht⟩, so wurde der Schuldner auch dann von seiner Verpflichtung befreit, wenn er nach dem Erlöschen der Vollmacht — etwa infolge Widerrufs oder Todes des Vollmachtgebers — ohne Kenntnis dieses Umstandes an den ehemals Bevollmächtigten zahlte.[7]⟩ Einen weiteren Schutz für den gutgläubigen Dritten stellte die Bestimmung dar, wonach interne Beschränkungen des magister navis nur insoweit Wirksamkeit hatten, als sie dem Dritten bekannt waren.[8]⟩ Ob es sich hierbei um Spezialvorschriften handelte oder ob eine Verallgemeinerung zulässig wäre, war für das römische Recht bestritten.[9]⟩ Im gemeinen Recht wurde die zitierte Bestimmung über den institor auf alle offen zutage tretenden Vollmachten ausgedehnt.[10]⟩ Das Reichsgericht hat dafür den Grundsatz aufgestellt, „daß das Erlöschen der Vollmacht, sei es durch Revokation oder durch den Tod des Mandanten bei Rechtsgeschäften, welche der Bevollmächtigte nach dem Ereignis eingeht, dem gutgläubigen Dritten nichts schadet".[11]⟩

Aehnliche das Vertrauen auf den Schein einer Vollmacht schützende Bestimmungen finden sich, wenn auch nicht in so ausgeprägter Form, im PALR ⟨13 I § 132⟩. Danach sind Dritten gegenüber interne Vollmachtseinschränkungen nur dann wirksam, wenn diese Einschränkungen aus der „Vollmacht", d. h. der Vertretungsurkunde ersichtlich sind, oder aber wenn der Dritte sie kennt. Der Vertreter konnte dann unter Umständen auf Grund des Wortlautes der Urkunde ein für den Vertretenen wirksames Geschäft abschließen, obwohl der Vollmachtgeber dies im Innenverhältnis verboten hatte[12]⟩.

Der Gedanke, daß es neben der Vollmacht und der gesetzlichen Vertretungsmacht noch besonders geartete Tatbestände gibt, die Vertretungswirkung entfalten, ist also nicht neu. Er findet sich

6⟩ L. 11, §§ 2—5 D. de inst. act. 14, 3.
7⟩ L. 34, § 3, L. 51 D. de solut 46, 3.
8⟩ ⟨Ulpian⟩ L. 1 § 5 D. de exercitoria act. 14, 1.
9⟩ Dagegen z. B. Enneccerus-Nipperdey, § 174 Anm. 1; Hupka, S. 205; dafür Dernburg, Pandekten, Bd. II § 13.
10⟩ Vgl. Wellspacher, S. 218; Hupka, S. 200; Ehlerding, S. 27; Seuff A. 29, 28
11⟩ RGZ 35, 139 ff.

auch in fremden Gesetzen, so z. B. in den Artikeln 2005 ff. Code civil und in § 1026 des österreichischen ABGB[12]).

Auch das BGB stellt in den §§ 170 ff. und im § 370 Schutzbestimmungen gegen den dem Dritten aus dem unbekannten Erlöschen oder Nichtentstehen der Vollmacht drohenden Schaden auf. Hier und in einigen Fällen des HGB und seiner Nebengesetze läßt das Gesetz Vertretungswirkungen eintreten, ohne daß eine entsprechende Vollmacht oder gesetzliche Vertretungsmacht vorliegt. Gemeinsam ist diesen Tatbeständen, daß die äußeren Umstände, unter denen der als Vertreter Handelnde auftritt, für das Vorhandensein einer wirklich erteilten Vollmacht sprechen und daß der Dritte gutgläubig annimmt, der Schein entspreche dem Sein. In allen diesen Fällen braucht also nicht notwendig eine wahre Vollmacht, sondern nur der Schein einer solchen vorzuliegen. Der in fremdem Namen Handelnde hat, wie man bezeichnenderweise sagen kann, Scheinvollmacht. Die gesetzlichen Bestimmungen hierüber sind aber nicht unter einem gemeinsamen Nenner, unter dem Gesichtspunkt einer gemeinsamen Norm behandelt. Das Rechtsleben verlangte aber nach einer solchen allgemeinen Norm, als im Laufe der Zeit eine große Zahl ähnlicher Fälle vorkamen, die zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Geiste des Gesetzes entsprachen. Um den Anforderungen des Rechtsverkehrs gerecht zu werden, erkannte die Rechtsprechung und mit ihr die Literatur eine Vertretungswirkung stets auch dann an, wenn jemand, ohne einen andern zu bevollmächtigen, einen Vertrauenstatbestand herbeiführt, auf Grund dessen ein gutgläubiger Dritter auf eine Bevollmächtigung schließt und schließen darf[13]). Eine überzeugende Begründung aus dem Gesetz wird aber von der Praxis nicht gegeben. Sie arbeitet, wie auch einige Schriftsteller, mit dem Begriff der stillschweigenden Vollmachtserteilung. Diese Begründung ist nicht nur theoretisch mangelhaft, sondern sie deckt sich auch nicht mit den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen der Haftung. Das unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben und im Interesse der Verkehrssicherheit durchaus gerechte und billigenswerte Ergebnis läßt sich einfacher und besser aus einer analogen Anwendung der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere der §§ 170 ff. BGB begründen. Damit wird aber auch gleichzeitig gezeigt, daß in unserem Rechtssystem ein allgemeines Prinzip der Haftung aus Scheinvollmacht anzuerkennen ist.

12) Vgl. Schmidt-Colinet, S. 9 Anm. 3.

13) Einige wichtige Entscheidungen: RGZ 65, 292 ff; 74, 321; 81, 257; 100, 48; 105, 183; 117, 167; 133, 100. RG. Warn. 6 Nr. 130; SeuffA 59, Nr. 177; 78, Nr. 62; 82 Nr. 2; 85, Nr. 80; 72, S. 209; Recht 1917, Nr. 169; 1918, Nr. 39 669, 1926, Nr. 1928; LZ 1919, S. 166, 3; Gruch. 52, 937; KG in FGBl. 34, 111; JW 1927, S. 1249 und neuestens die Entscheidung des RAG in JW 1936, 349.

Erster Teil:

Die vom Gesetz geregelten Fälle der Scheinvollmacht.

1. Kapitel:

Im BGB.

Die Hauptbestimmungen des BGB, die Scheinvollmachtsfälle enthalten, sind die §§ 170–173. In diesen Fällen tritt jemand als Bevollmächtigter auf, der es niemals war oder nicht mehr ist. Durch irgendeinen vom Geschäftsherrn veranlaßten äußeren Tatbestand steht ihm aber der Schein einer Vollmacht zur Seite, so daß der Dritte, der mit ihm in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt, glauben kann, er stehe einem Bevollmächtigten gegenüber.

§ 170 lautet: „Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird." § 170 knüpft an § 167 an, der bestimmt, daß die Erteilung der Vollmacht sowohl gegenüber dem zu Bevollmächtigten erfolgen kann (sogen. verdeckte oder auch interne Vollmacht), als auch gegenüber dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll (sogen. offene oder auch externe Vollmacht). Solche Erklärungen wirken konstitutiv. Durch sie kommt die Vollmacht zur Entstehung. Von diesen dispositiven Willenserklärungen sind begrifflich zu unterscheiden die Erklärungen, von denen § 171 spricht. Dort gibt die Erklärung des Geschäftsherrn eine bereits erteilte Vollmacht kund.[1] Ob eine Erklärung des Geschäftsherrn unter § 170 oder unter § 171 fällt, kann nicht allgemein, sondern nur mit Rücksicht auf den Einzelfall entschieden werden. Das ist eine Frage der Auslegung, die sich im Rahmen der §§ 133, 157, 242 BGB zu halten hat.[2] Die gebrauchten Worte allein sind jedenfalls nicht entscheidend. Oft wird es vorkommen, daß der Geschäftsherr mitteilt, wo er erst erklären wollte und umgekehrt.

Unter § 170 fällt auch die Vollmachtserteilung durch öffentliche Erklärung. Zwar spricht § 171 von ihr nur als einer deklaratorischen

1) Ueber den Unterschied vgl. Protokolle I, S. 146 ff., das Reichsgericht spricht bei Schriftstücken über Erklärungen nach § 171 von Vollmachtsgeständnisurkunden und bei solchen über Erklärungen nach § 170 von Vollmachtsverfügungsurkunden, RG in Steuerarchiv 31, S. 189.

2) Vgl. Goldberger, S. 23 Anm. 4, Ehlerding, S. 38.

Mitteilung. Aber die Möglichkeit, durch diese Erklärung die Vollmacht erst zu begründen, muß bejaht werden. Denn sie entspricht in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung vollkommen der Bevollmächtigung durch besondere Erklärung an einen bestimmten Dritten.[3] Hier entsteht die Vollmacht nicht nur einem bestimmten, sondern jedem beliebigen Dritten gegenüber.

Ist nun eine Vollmacht nach § 167 gegenüber einem Dritten wirksam entstanden, aber wieder erloschen, ohne daß der Dritte das Erlöschen kennt oder kennen muß, so bestimmen die §§ 170, 173, daß die Vollmacht dem gutgläubigen Erklärungsempfänger gegenüber in Kraft bleibt, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird.[4] Solches Erlöschen der Vollmacht kann aus verschiedenen Gründen eintreten: durch Widerruf gegenüber dem Vertreter (§ 168 S. 3 in Verbindung mit § 167), durch Erlöschen des Grundverhältnisses, durch Zeitablauf oder Tod des Vollmachtgebers usw.[5]

§ 170 spricht in solchen Fällen davon, daß die Vollmacht in Kraft bleibt, bis das Erlöschen angezeigt wird. Ob damit aber wirklich eine Fortdauer der Vollmacht gemeint ist, erscheint zweifelhaft. Verfehlt ist die Ansicht[6], daß die Vollmacht bis zur Anzeige ihres Erlöschens regelrecht fortbesteht. Nach § 173 findet § 170 keine Anwendung, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht, d. h. hier der Vollmacht, kannte oder kennen mußte. Der Dritte muß also unter Umständen schon vor der Anzeige das Erloschensein kennen. Von einem Fortbestehen der Vollmacht kann also keine Rede sein, sonst käme es ja auch gar nicht auf den guten oder bösen Glauben des Dritten an[7]. Die herrschende Lehre[8] erkennt zwar an, daß die Vollmacht erloschen ist, sagt aber, es bestehe eine Vertretungsmacht fort, die sich von der ursprünglichen auf ihr beruhenden Vollmacht losgelöst hat. Diese Vertretungsmacht sei der Grund für die Wirksamkeit der von dem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Geschäfte. Unter der fortbestehenden

---

3) So Staudiger, § 167 Bem. 3 c; Oertmann, § 167, 1 a; § 171 1 b; v. Tuhr, S. 380; H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 27; Goldberger, S. 22 Anm. 1, Ehlerding, S. 36; Hupka, S. 108.

4) Der Erlöschensanzeige kann der dem Dritten gegenüber erklärte Widerruf (siehe § 168) nicht gleichgestellt werden, wie im allgemeinen angenommen wird, — vgl. Staudinger, § 170 Anm. 2; ein solcher Widerruf hat vielmehr nur Bedeutung für den Bestand des guten Glaubens des Dritten.

5) Ueber die verschiedenen Möglichkeiten vgl. Goldberger, S. 31 ff.; Ehlerding, S. 32; Oertmann, § 170, 1.

6) von Danz, in DJZ 1906, 1281 und Hölder, § 170, b.

7) so richtig Oertmann, § 170 Anm. 2,

8) vgl. Biermann, S. 110; Isay, S. 230 f.; Goldberger, S. 5 ff.

„Vertretungsmacht" versteht man also hier das faktische Können des vollmachtlosen Vertreters, den Geschäftsherrn durch seine Handlungen zu binden. Gegen diese Ansicht sprechen dieselben Bedenken wie gegen die Lehre, daß die Vollmacht im Falle des § 170 BGB regelrecht fortbestehe. Andererseits kann der Ausdruck Vertretungsmacht im Sinne eines rein faktischen Könnens nicht die eigenartige Sachlage erklären, die hier zugunsten des gutgläubigen Dritten besteht. In Wahrheit handelt es sich hier um eine Sondervorschrift für den gutgläubigen Dritten, wonach das Handeln eines unbevollmächtigten Vertreters dem Vertretenen gegenüber so wirkt, wie wenn der Vertreter bevollmächtigt wäre[9]. Der Vertreter hat keine echte Vertretungsmacht, sondern nur eine Scheinvollmacht. Die Vollmacht erlischt nach allgemeinen Grundsätzen; an ihre Stelle tritt eine Scheinvollmacht. Sie besteht, bis der sie erzeugende Vertrauenstatbestand wieder entfällt. Der Vertrauenstatbestand ist der durch den Geschäftsherrn kausal veranlaßte äußere Tatbestand: die Erklärung des Geschäftsherrn nämlich, daß er Vollmacht erteile und weiter das Unterlassen der Anzeige, daß die Vollmacht wieder erloschen ist.

In der Literatur ist in diesem Zusammenhang die Frage aufgetaucht, ob der Dritte auch dann geschützt wird, wenn es sich nicht um das Fortbestehen, sondern um das Entstehen der Vollmacht handelt, dann nämlich, wenn das der Bevollmächtigung zugrundeliegende Kausalverhältnis (Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag) nicht zustandegekommen oder infolge Anfechtung wieder erloschen ist[10]. Erkennt man mit der herrschenden Lehre an, daß das Entstehen im Gegensatz zum Fortbestehen der Vollmacht nicht von dem Bestande des ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses abhängig ist[11], so liegt bei mangelndem Grundverhältnis eine echte Vollmacht vor und nicht eine zugunsten gutgläubiger Dritter bestehende Scheinvollmacht[12] oder ein auf öffentlichrechtlichen Gründen beruhender Rechtsschein[13]. Der böse Glaube des Dritten hat hier nur Bedeutung für die Einrede der Arglist.

---

9) ähnlich Oertmann, § 170 Bem. 2 Abs. 2.

10) Ueber den Stand der Meinungen vgl. im einzelnen Oertmann, § 167 1 d.

11) Vgl. Oertmann, § 167, 1 c und d; Enneccerus-Nipperdey, § 171 II, 5; Staudinger, § 167, 1; v. Tuhr, S. 386 Anm. 54; RGRK § 167, 3; Hupka, S. 155 ff.; siehe auch RG in DJZ 08, 1342. Gegen die h. L. u. a. Protokolle I, 143; Dernburg, Bürgerl. Recht 1, 476; Wellspacher, S. 82 und die in Anm. 12 Zitierten.

12) wie von Seeler, ArchbürgR. 28, 9 ff. und Ehlerding, S. 33 ff. meinen.

13) Herbert Meyer, ZAkadDR. 1935, 53 f.

Weitere Fälle, in denen der Vertretene durch das Handeln des Vertreters berechtigt und verpflichtet wird, ohne Rücksicht darauf, ob wirklich eine Vollmacht besteht oder noch besteht, enthalten die §§ 171—173.

Ebenso wie § 170 bezwecken auch diese Bestimmungen den Schutz des gutgläubigen Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem Vertreter von dem Erlöschen oder auch — insoweit weitergehend als § 170 — von dem Nichtbestehen der Vollmacht Kenntnis weder hat noch haben muß.

Die Voraussetzungen des durch die §§ 171—173 bezweckten Schutzes des gutgläubigen Dritten sind jedoch andere als die des § 170. § 170 setzt Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten, also eine konstitutive Willenserklärung voraus. Nach den Bestimmungen der §§ 171, 172 kommt es hierauf nicht an. Voraussetzung des Schutzes ist hier die Vornahme gewisser deklaratorischer Akte.[14] Diese sind: in § 171: die vom Vollmachtgeber ausgehende Kundgebung der geschehenen Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung an den Dritten, dem gegenüber Vertretungsmacht bestehen soll oder durch öffentliche Bekanntmachung und in § 172 die Aushändung einer Vollmachtsurkunde durch den Vollmachtgeber an den Vertreter und Vorlegung dieser Urkunde an den Dritten durch den Vertreter.

An diese deklaratorischen Akte knüpft das Gesetz die Wirkung, daß die Vertretungsmacht solange bestehen bleibt, bis eine entsprechende (§§ 171 II, 172 II) Gegenkundgebung [15] erfolgt ist. Ist die auf Grund der Kundgebung wirksam erteilte Vollmacht nach stattgefundener Kundgebung wieder erloschen, ohne daß davon dem Dritten oder der Oeffentlichkeit Mitteilung gemacht worden ist, so ist der Geschäftsherr nach § 171 II an Geschäfte, die der nun vollmachtslose Vertreter mit gutgläubigen Dritten abschließt, gebunden. Entsprechendes gilt für den Fall des § 172 II. Hier ist der Geschäftsherr an die vom vollmachtslosen Vertreter geschlossenen Ge-

14) Staudinger, Anm. 1 zu §§ 171 f.

15) Ueber die Gegenkundgebungen der §§ 171, 172 vgl. Vollmers, S. 45; Goldberger, S. 50 ff.; Staudinger, Bem. 10 zu §§ 171 f. Ueber die Gegenkundgebung des § 170 (Erlöschensanzeige) vgl. Staudinger, § 170 Bem. 4; Oertmann, § 170 Bem. 4. — Den in den §§ 171 II, 172 II bezeichneten Gegenkundgebungen können andere Gegenkundgebungen und Erklärungen des Geschäftsherrn nicht gleichgestellt werden. So ist z. B. die Widerrufserklärung des Vollmachtsgebers gegenüber dem Dritten nicht als Gegenkundgebung im Sinne des § 172 II anzusehen, wie Staudinger, §§ 171 f. Anm. 11; Oertmann, § 172 3 c und Hupka, S. 435 ff. aus der grundsätzlichen Gleichstellung der Urkundenvorlegung mit der besonderen Mitteilung an den Dritten (§§ 171 I, 172 I) folgern. Solche Erklärungen haben vielmehr nur Bedeutung für den Bestand des guten Glaubens des Dritten. So im Ergebnis auch Planck, § 172 Bem. 3.

schäfte gebunden, bis die Vollmachtsurkunde zurückgegeben ‹§ 175 BGB› oder für kraftlos erklärt ‹§ 176 BGB› wird.[15]›

Die Terminologie des Gesetzes ist auch hier unklar. In den §§ 171 II, 172 II heißt es: die Vertretungsmacht bleibt bestehen. In § 173 wird ergänzt: aber nur, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht weder kannte noch kennen mußte. Offenbar ist der Ausdruck Vertretungsmacht hier in zweifacher Bedeutung gebraucht.

Grundsätzlich versteht das Gesetz unter dem Worte Vertretungsmacht nicht nur ein faktisches Können des Vertreters, sondern auch eine damit verbundene rechtliche Befugnis' den Geschäftsherrn durch seine Handlungen zu binden. Die Ansicht, daß das Gesetz den Ausdruck stets nur im Sinne einer tatsächlichen Fähigkeit gebraucht, ist unrichtig. Gegen sie spricht u. a. Sinn und Wortlaut des § 164. Hier ist die Rede von der jemandem zustehenden Vertretungsmacht. Es steht aber jemandem etwas zu, wenn er ein Recht darauf hat. Nach § 180 soll Vertretung ohne Vertretungsmacht nur in bestimmten Fällen unzulässig sein. Wäre die Vertretungsmacht nur die tatsächliche Fähigkeit, Vertretungswirkungen hervorzurufen, so wäre der Begriff „Vertretung ohne Vertretungsmacht" widersinnig. Man kann nichts tun, wozu man nicht die Fähigkeit hat.[16]› Das Gesetz verbindet also den Begriff des tatsächlichen mit dem des rechtlichen Könnens: Vertretungsmacht ist auch Vertretungsrecht[17]›.

In den Fällen der §§ 171 II, 172 II besteht keine echte Vertretungsmacht mehr. Das ergibt sich aus § 173. Hier heißt Erlöschen der Vertretungsmacht soviel wie Erlöschen der Vollmacht.[18]› Der Ausdruck Vertretungsmacht in den §§ 171 II, 172 II muß dann notwendigerweise eine andere Bedeutung haben als im § 173. Denn die auf der Kundgebung der Vollmacht beruhende „gesetzliche Vertretungsmacht" kann nur gemäß §§ 171 II, 172 II erlöschen. Hier ist Vertretungsmacht offenbar nur im Sinne faktischen Könnens gemeint. Aber auch dann entspricht die Ausdrucksweise keineswegs dem Charakter dieser Paragraphen als Schutzbestimmungen zugunsten gutgläubiger Dritter. Nicht das tatsächliche Können, die Stellung des Vertreters, ist der Grund der Haftung des Geschäftsherrn, sondern der Schutz des Dritten, der sich reflexmäßig auf die Stellung des Vertreters auswirkt.[19]› Es handelt sich also auch hier wieder um Scheinvollmachtstatbestände, d. h. um positive Bestim-

16› so richtig Schmidt-Colinet, S. 28.
17› Vgl. von Seeler, S. 45; Schmidt-Colinet, S. 27 ff.
18› so auch Ernst, S. 32.
19› Vgl. Oertmann, § 171 2a und e; § 172, 3; von Seeler, S. 19 ff., 41 ff.

mungen zum Schutze des guten Glaubens. Der Vertreter hat keine Vollmacht und damit auch kein Vertretungsrecht mehr; — wie könnte auch sonst der Dritte deren Erloschensein kennen (§ 173). Aber trotzdem treten Vertretungswirkungen ein, wenn der mit dem Mittler kontrahierende Dritte auf Grund der Kundgebung gutgläubig darauf vertraut, der Schein, der für ein unverändertes Fortbestehen der Vollmacht spricht, entspreche der wahren Rechtslage. In seinem Interesse wird es so angesehen, als ob die Vertretungsmacht — im Sinne von Vertretungsbefugnis — noch weiter bestünde. Der Ausdruck Vertretungsmacht ist also in diesen Fällen wegen seiner doppelten Bedeutung nicht nur verwirrend, sondern auch schief. Weniger verwirrend und die Sachlage besser kennzeichnend ist es, hier von Scheinvollmacht zu sprechen.

Abzulehnen ist auch die Ansicht, daß die Erklärungen des § 171 den konstitutiven Erklärungen der §§ 170, 167 ähnlich oder gar gleichzustellen sind[20] und demnach die Bevollmächtigung durch nicht rechtsgeschäftliche Kundgebung eine besondere Art der Vollmachtserteilung neben derjenigen im Sinne des § 167 darstellt. Denn die Wirkung der Kundgebung im Sinne der §§ 171, 172 beruht nicht auf einer rechtsgeschäftlichen oder auf einer rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung, sondern auf einem vom Gesetz dafür als maßgebend anerkannten Tatbestand[21].

Hat der Geschäftsherr die Tatsache der Bevollmächtigung kundgegeben, so wird er nach § 171 I, 172 I durch die Handlungen seines Vertreters auch dann gebunden, wenn eine Vollmacht überhaupt nicht wirksam entstanden ist. Tritt nun diese Bindung in jedem Fall oder nur dann ein, wenn der Dritte hinsichtlich der fehlenden oder ungültigen Vollmachtserteilung gutgläubig ist? In § 173, der vom guten und bösen Glauben des Dritten spricht, sind die ersten Absätze der §§ 171, 172 im Gegensatz zu den zweiten Absätzen nicht erwähnt. Aus dem Schweigen des Gesetzes hat man vielfach den Umkehrschluß gezogen, daß eine verschiedene Behandlungsweise der ersten und zweiten Absätze eintreten soll[22].

Für eine unterschiedliche Behandlung spricht u. a. die Erwägung, daß mit dem Erlöschen der Vollmacht allgemein zu rechnen ist, keineswegs aber damit, daß die vom Vollmachtgeber geäußerte Kundgebung nicht den Tatsachen entspricht[23]. Man kann

20) Leonhard, S. 320; Crome, § 104 Anm. 15; Endemann, § 81 Anm. 14; Kohler, S. 439.

21) Vgl. Oertmann, § 171 1 β $\gamma\gamma$.

22) Ueber den Stand der Meinungen vgl. im einzelnen Oertmann zu § 173.

23) s. u. a. Planck-Flad, § 173, 3; H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 29 f.

auch argumentieren, daß sich das Erlöschen möglicherweise ohne Wissen und ohne Wollen des Vollmachtgebers vollzieht. Es ist z. B. eine Vollmacht unter einer auflösenden Bedingung erteilt. Der Eintritt der Bedingung und damit das Erlöschen der Vollmacht kann sich dann möglicherweise ohne Kenntnis des Geschäftsherrn vollziehen. Hier wäre es eine unbillige Härte gegenüber dem Vollmachtserteiler, sollte er auch dann haften, wenn der Dritte vom Erlöschen der Vollmacht Kenntnis hatte oder wenigstens haben mußte. Hat aber jemand nach außen mitgeteilt, er habe einen andern bevollmächtigt, so sind die Mitteilungsempfänger auf Grund der Kundgebung in den berechtigten Glauben versetzt, daß der als bevollmächtigt Bezeichnete nun auch mit ihnen im Namen des Anzeigenden Geschäfte abschließen könne. Es erscheint dann gerechtfertigt, dem Mitteilenden in jedem Falle die Folgen der falschen Beurteilung einer bereits vorliegenden Sachlage aufzubürden: er kann sich ja vor der Mitteilung in der Regel vergewissern, ob er eine rechtswirksame Vollmacht erteilt hat oder nicht[24]). Für diese Ansicht spricht auch der Wortlaut des Gesetzes. § 173 redet nur vom guten Glauben hinsichtlich des Erlöschens der Vertretungsmacht. Ist aber der Kundgebung eine Vollmachtserteilung nicht vorangegangen, war eine Vertretungsmacht nie vorhanden, so kann der Dritte auch ihr Erlöschen nicht kennen. In § 171 I sagt zudem das Gesetz, daß der Vertreter auf Grund der Kundgebung zur Vertretung „befugt" ist. Daraus schließt man, daß es sich in den ersten Absätzen der §§ 171 f. um die Entstehung einer objektiv bedeutsamen Vertretungsmacht handelt[25]). Das heißt also: Ist die kundgegebene Vollmacht von Anfang an nicht oder nicht in vollem Umfang entstanden, so kann sich der Dritte dennoch auf die Kundgebung berufen, auch wenn er das Fehlen einer gültigen Vollmacht kannte, während gegenüber einem ihm bekannten oder aus Fahrlässigkeit unbekannt gebliebenen späteren Erlöschen der Vollmacht diese Berufung auf die Kundgebung entfällt. Der Widerspruch dieser Ansicht[26]) ist offensichtlich. In der Tat hat sie nur den Wortlaut des Gesetzes für sich. Ihre Erwägungen können ein Abweichen von dem Grundgedanken des Gesetzes nicht rechtfertigen. Die ratio des Gesetzes ist es, auf Grund der in den Verkehr gegebenen Vollmachtskund-

24) so Oertmann, § 173, 1, v. Tuhr, III S. 382, Anm. 30, Enneccerus-Nipperdey, § 171 Anm. 13, Biermann S. 110, 117, Vollmers, S. 41.

25) so u. a. Oertmann, § 171 1 a β $\gamma\gamma$, § 172, 2 und in Iher. Jahrb. 66, 208, v. Tuhr, III S. 382.

26) der auch Cosack, S. 234, Manigk, Beiträge z. WirtschaftsR. S. 611 Anm. 37, Krause, S. 105 ff.
Enneccerus-Nipperd. § 173 Anm. 13, Schmidt-Colinet, S. 43 ff., Vollmers, S. 42.

gebung zugunsten des gutgläubigen Dritten die gleichen Wirkungen eintreten zu lassen, wie sie gewöhnlich nur eine tatsächlich bestehende Bevollmächtigung hat: nämlich die Haftung des Vertretenen für die Handlungen des Mittlers. Es ist aber ein allgemeines gesetzgeberisches Prinzip, solche Ausnahmevorschriften nur zugunsten redlicher Dritter aufzustellen. „Ein dem Dritten, auch abgesehen von seiner Redlichkeit, gewährter Schutz ist etwas so Ungewöhnliches und von den Fundamentalsätzen unseres Rechts so sehr Abweichendes, daß er im Zweifel nicht anzunehmen ist. Eine solche Annahme erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber die ihn hierzu veranlassenden besonderen Erwägungen ausspricht und wenn sein dahingehender Wille klar und unzweideutig im Gesetz selbst zum Ausdruck kommt. Das aber liegt hier nicht vor. Nirgends ist in Materialien klar und deutlich ausgesprochen, weshalb in Ansehung des Fortbestehens der Vollmacht nur der redliche Dritte geschützt werden soll, in Ansehung der wirksamen Begründung der Vollmacht aber auch der unredliche; der Wortlaut des Gesetzes selbst kann aber nach keiner Richtung hin als klar und unzweideutig bezeichnet werden."[27]). Die Erwägungen, die die Gegenansicht anstellt, können die einschneidenden Folgerungen der Unterscheidung durchaus nicht rechtfertigen. Sie sind zudem nicht zwingend.[28]). Der Wortlaut des Gesetzes kann allein auch nicht entscheidend sein. Die Auslegung des Gesetzes soll keine Wortinterpretation, sondern eine die Grundsätze der Billigkeit berücksichtigende Sinnesinterpretation sein. Der Sinn der gesamten hierher gehörigen Vorschriften rechtfertigt vielmehr eine analoge Anwendung des § 173 auch auf die Fälle der §§ 171 I, 172 I. Der Dritte wird demnach durch die §§ 171 f. nur dann geschützt, wenn er nicht nur hinsichtlich des Erlöschens der Vollmacht gutgläubig ist, sondern auch in Bezug auf die mangelnde Entstehung.[29]) In beiden Absätzen der §§ 171, 172 handelt es sich demnach um Scheinvollmachtstatbestände: Zugunsten des gutgläubigen Dritten tritt auf Grund eines Rechtsscheintatbestandes die Haftung des Geschäftsherrn für die Handlungen seines Vertreters ein, obwohl der Vertreter weder Vollmacht noch eine gesetzlich festgelegte Vertretungsbefugnis hat.

Von größter Wichtigkeit ist die Beantwortung der Frage, ob diese in den §§ 171, 172 festgelegte Haftung des Geschäftsherrn durch Anfechtung wieder beseitigt werden kann.

---

27) v. Seeler, S. 42.

28) Das gibt Oertmann in § 173 Anm. 1 selbst zu.

29) so auch v. Seeler, Archbürg.R. 28, 1 ff., Hupka, S. 225, 227; Wellspacher, S. 86 f., Regelsberger, in Iher. Jahrb. 58, 166; Goldberger, S. 87; Ernst, S. 54 und auch Staudinger, §§ 171 f. Anm. 3 und § 173 Anm. 4.

Die Anfechtung setzt begrifflich das Dasein einer Willenserklärung voraus. Die Anfechtung dient ja der Geltendmachung der Verschiedenheit von Rechtsfolgewillen und Erklärung. Die Handlungen des Geschäftsherrn, auf denen in den Fällen der §§ 171, 172 seine Haftung beruht, sind aber nun keine Willenserklärungen, da es an einem auf den Eintritt des Erfolges gerichteten Willen fehlt: die an die äußeren Erklärungstatsachen geknüpfte Folge der Haftung tritt ein, ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt ist, — nur weil das Gesetz es bestimmt. Es handelt sich bei der Mitteilung, öffentlichen Bekanntmachung, Aushändigung der Vollmachtsurkunde vielmehr um sogen. Rechtshandlungen[30]. Hinter oder neben diesen Rechtshandlungen können Willenserklärungen vorliegen, die die Vollmachtserteilung bezwecken, so, wenn der Kundgebung im Sinne des § 171 eine dispositive Vollmachtserklärung nicht vorausgegangen ist und in der Kundgebung selbst zugleich auch eine solche zu erblicken ist. Das Dasein und die Wirksamkeit dieser Willenserklärungen bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln. Eine Bevollmächtigung kann wie sonst, auch hier nach den §§ 119 f. angefochten werden. Ihr Erlöschen hat aber keinen Einfluß auf die durch das Gesetz an die Rechtshandlungen der §§ 171, 172 geknüpfte Haftung. Eine Beseitigung dieser Haftung käme nur dann in Frage, wenn die Rechtshandlungen, auf denen die Haftung beruht, selbst anfechtbar wären. Auf Rechtshandlungen sind im allgemeinen die Vorschriften über Willenserklärungen zwar nicht unmittelbar, wohl aber analog anzuwenden[31]. Mangels gesetzlicher Regelung, wie z. B. in § 188 BGB. ist im einzelnen zu prüfen, ob und inwieweit dies statthaft ist. Auch auf die Mitteilungen im Sinne des § 171 sind sie im allgemeinen entsprechend anwendbar. Es ist also z. B. Geschäftsfähigkeit des Handelnden erforderlich[32]. Hinsichtlich der Anfechtbarkeit kommt aber eine analoge Anwendung nicht in Frage[33]. Wenn hier Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf den schöpferischen Willen eintreten, nur auf Grund der Tatsache der in den Verkehr gegebenen Mitteilung, so kann eine Divergenz zwischen Willen und tatsächlichen Erfolg keine Bedeutung haben. Treffend sind die Ausführungen Oertmanns: „Nach Wortlaut und offenbarem Text kommt es auf eine Absicht oder auch nur ein Bewußtsein des Kundmachenden, eine Vertretungsmacht zu erteilen, nicht an, auch wer die Kundmachung in der irrigen Vorstellung vom Vorhandensein

30) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 194, 1, Motive I, S. 127.

31) so die h. M., vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 331, 542, Planck-Flad, Vorbem. zum 3. Abschnitt I 2 a.

32) so auch Staudinger, §§ 171 f. Anm. 4 a. E.

33) vgl. v. Manigk, Beitr. z. WirtschaftsR. S. 604 f.

einer Vollmacht vollzieht, muß nach dem unzweideutigen Inhalt der Vorschrift bis zum Widerruf die Vertretungsmacht gegen sich gelten lassen, womit eine rückwirkende Anfechtung wegen Irrtums oder Nichtigkeit wegen mangelnden Ernstes unvereinbar ist. Vielmehr ist die Kundmachung wirksam als bloße Tatsache, ohne Rücksicht auf ein irgendwie beschaffenes Wissen und Wollen"[34]).

Die Anhänger der Gegenansicht[35]) legen dar, daß die Kundmachungen der §§ 171, 172 nicht jedes Willensmomentes entbehren und daß hier im Gegensatz zu anderen Rechtshandlungen wie der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung und Besitzergreifung (§§946 f., 854 BGB) das Willensmoment erheblich das tatsächliche Moment überwiegt. Daraus folgern sie die analoge Anwendung der Regeln über Willenserklärungen auch hinsichtlich der Anfechtbarkeit. Hierzu ist zu sagen: Es ist zwar richtig, daß auch die Kundmachungen der §§ 171, 172 ein Willensmoment enthalten. Der Erklärende beabsichtigt in der Regel die Kenntnisnahme seiner Erklärung durch den Dritten Dieser Wille zur Benachrichtigung ist aber doch nur auf etwas Tatsächliches und nicht auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet[36]). Es ist kein Rechtsfolgewille, wie er für die Willenserklärung charakteristisch ist. Eine analoge Anwendung der Regeln über die Willenserklärungen auch hinsichtlich der Anfechtbarkeit ist also hier nicht angebracht. Ueberdies würde die Anfechtung zu ganz unbilligen Ergebnissen führen, wie schon Wellspacher[37]), Schloßmann[38]) und viele andere überzeugend dargelegt haben. Zudem wäre es unverständlich, warum das Gesetz auf dem Gebiete der Vollmacht einschneidende Sonderregeln zugunsten gutgläubiger Dritter geschaffen hat, wenn deren Anwendung durch die Anfechtung wieder abgeschwächt werden könnte. Das schutzwürdige Interesse des Dritten, dem die §§ 171, 172 dienen, würde durch die Zulassung der Anfechtung erheblich gefährdet[39]).

Ebenso wie hier ist die Anfechtung der Scheinvollmacht auch im Falle des § 170 ausgeschlossen. Die Sachlage wird treffend durch die Ausführungen von Regelsberger gekennzeichnet: „Die Vollmachtserteilung schafft, genauer zugesehen, einen zweifachen juristischen Tatbestand: einmal eine Willenserklärung, dann aber

---

34) Oertmann, Rechtsschein, S. 467 und Kom. zu § 171, 1.

35) vor allem Goldberger, S. 67 ff., ihm folgend Schmidt-Colinet, S. 40. Für die Anfechtungsmöglichkeit auch Plank, § 171 3.

36) so richtig Hachenburg, S. 272 ff., Goldberger, S. 67 Anm. 2; RG 56, 67, Staudinger § 171 Anm. 3.

37) S. 93 f.

38) S. 487.

39) so auch Oertmann, § 171 Anm. 2 a und Staudinger, § 171 f, Anm. 10.

auch den äußeren Schein, daß die Vollmacht erteilt sei. Nur die Willenserklärung ist der Anfechtung zugänglich, nicht der äußere Tatbestand, der das Vertrauen auf das Dasein der Vollmacht zu erwecken vermag. Wird daher dem Dritten, der mit dem Vertreter im Hinblick auf die Vollmacht in rechtsgeschäftlichen Verkehr getreten ist, durch Anfechtung die Berufung auf das Dasein der Vollmacht entwunden, so steht ihm noch sein Vertrauen auf den äußeren Schein des Daseins schützend zur Seite."[40]. Die externe Bevollmächtigung enthält also, genau genommen, sowohl eine Begründungserklärung als auch eine Verlautbarungserklärung.[41] Beide Erklärungen gehen getrennte Wege. Die Begründungserklärung beurteilt sich in Bestand und Wirksamkeit nach den allgemeinen für die Willenserklärung geltenden Regeln. Sie ist also auch anfechtbar. Die Verlautbarungserklärung ist aber — gleich den Rechtshandlungen in den §§ 171, 172 — der Anfechtung nicht unterworfen.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die Mitteilungen im Sinne der §§ 170 ff. nicht der Anfechtung unterliegen. Auch da, wo der Mitteilung eine anfechtbare Vollmachtserteilung zugrundeliegt oder die Mitteilung selbst eine solche ist, wie in dem Falle, daß die Kundgebung im Sinne des § 171 zugleich auch eine Bevollmächtigungserklärung enthält,[42] kann die Anfechtung der die Bevollmächtigung bezweckenden Willenserklärung nicht einen Ausschluß oder eine Einschränkung der Haftung des Vertretenen auf Grund der Vollmachtskundgebung herbeiführen. Wenn durch die Anfechtung auch die Vollmacht zerstört wird, die Haftung auf Grund der Vollmachtskundgebung bleibt bestehen. Sie ist unzerstörbar.

Ob die Rechtshandlungen des § 171 wie die Willenserklärungen dem Dritten nur zugegangen (§ 130) oder ob sie zur Kenntnis des Erklärungsempfängers gekommen sein müssen, ist ebenfalls bestritten. Wir müssen hier unterscheiden zwischen dem Dasein und der Wirksamkeit der Mitteilung als solcher und weiter als haftungsbegründendem Tatbestand. Für das Dasein der Kundgebung als solcher wird mit Recht von der herrschenden Lehre[43] der für Willenserklärungen geltende § 130 analog angewandt. Danach ist die Mitteilung wirksam, wenn sie den Erklärungsempfänger zugegangen, d. h. in seinen Machtbereich gekommen ist. Es genügt also die

40) Regelsberger, in KritVJSch. 47, 284 ff.

41) Die Konstruktion findet sich zuerst bei Regelsberger, S. 284, 290. Ihm folgen Ehlerding, S. 41; Goldberger, S. 30; H. H. Meyer, S. 25; Vollmers, S. 44, Ernst, S. 60.

42) Vgl. hierzu insbes. Oertmann, § 171 1 a β

43) u. a. Staudinger, §§ 171 f. Bem. 4; Oertmann zu §§ 171, 172; Goldberger, S. 18, 47, 49.

Möglichkeit der Kenntnisnahme. Etwas anderes gilt aber für sie, soweit sie einen objektiven Tatbestand darstellt, auf Grund dessen der Dritte vertraut und vertrauen darf, es liege eine Vollmacht vor. Insoweit ist es notwendig, daß der Dritte die äußeren Umstände, die die Grundlage für seinen Schutz bilden, kennt. Wie soll sonst der Erklärungsempfänger auf die objektive Grundlage vertrauen können? Wer nichts erfahren hat, kann auch nicht darauf vertrauen, d. h. sich eine richtige oder eine falsche Vorstellung machen. Für die Begründung einer Haftung aus Scheinvollmacht ist deshalb stets erforderlich, daß der Dritte die den Schein der Vollmacht rechtfertige Grundlage kennt[44]. Die gegenteilige Ansicht, daß die Kundgebung des § 171 die ihr eigentümliche Schutzwirkung für jeden Dritten auch dann haben soll, wenn dieser von der ihm zugegangenen Kundgebung aus irgend einem Grunde keine Kenntnis genommen hat, steht jedenfalls mit dem Zweckgedanken der Vorschriften der §§ 171 ff. nicht in Einklang[45].

Ebenso ist im Falle des § 172 erforderlich, daß der Dritte die Vollmachtsurkunde – wenigstens ihren wesentlichen Inhalt – lesen muß. Die Rechtsprechung versteht unter Vorlage der Urkunde im Sinne des § 172 nur, daß das Schriftstück der sinnlichen Warnehmung des Dritten unmittelbar zugänglich gemacht wird. Die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme soll also schon die Wirkung der Vollmachtskundgebung vermitteln. Andererseits hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß der Schutz des § 172 nie über den Inhalt der Urkunde hinausreicht und daß der Dritte förmliche und sachliche Mängel, die sich aus der Urkunde selbst ergeben, gegen sich gelten lassen muß, und zwar dann, wenn er die Umstände, die den Fehler der Vollmacht ergeben, gekannt hat oder hätte kennen müssen[46].

In diesem Zusammenhange ist auch die Streitfrage zu behandeln, ob die Urkunde bei jedem Geschäftsabschluß vorgelegt werden muß, oder ob es für den Schutz des Dritten ausreichend ist, wenn er auf das Bestehen der Vollmacht vertraut, weil ihm früher einmal die Vollmachtsurkunde vorgelegt worden ist. Die herrschende Meinung[47] steht auf dem Standpunkt, daß die Urkunde nicht bei jedem Geschäftsabschluß unbedingt vorgelegt zu werden braucht. Sie begründet das mit der gesetzlichen Gleichstellung der Urkunden-

44) im Ergebnis wie hier Vollmers, S. 26; Wellspacher, S. 86, 101; Seeler, S. 17; Ehlerding, S. 32, 42; Hupka, S. 420 ff.

45) Staudinger, §§ 171 f. Anm. 4.

46) RGZ. 97, 274; 108, 125; ferner in SeuffA 88, 36; JW 29, 1969; JW 31, 522; JRdsch. 25, 684; 26. 281; vgl. ferner Staudinger, §§ 171 f. Anm. 8.

47) Staudinger, §§ 171 f. Anm. 7; Planck, § 172, 2; Oertmann, § 172 II.

vorlage und der besonderen Mitteilung nach § 171. Schwerlich mit Recht! Nach § 172 II bleibt die durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde begründete „Vertretungsmacht" bestehen, bis die Urkunde dem Geschäftsherrn zurückgegeben ist. Wird sie zurückgegeben, kann sie der Vertreter deshalb nicht mehr vorlegen, so entfällt die „Vertretungsmacht". Sollte es nun für die Begründung einer Scheinvollmacht genügen, wenn sich der Dritte auf einer früher vorgelegte Urkunde beruft, so würde die Rückgabe praktisch in den seltensten Fällen die vom Gesetz beigelegte Wirkung — nämlich das Erlöschen der Vertretungsmacht — haben. Das soll aber doch stets der Fall sein. Angesichts des insoweit unzweideutigen Wortlauts des Gesetzes ist es deshalb gerechtfertigt, den Dritten nur dann zu schützen, wenn er auf die gegenwärtig vorgelegte Urkunde vertraut[48]). Nur die gegenwärtige Urkundenvorlage kann haftungsbegründend wirken[49]).

§ 172 enthält noch einige weitere wichtige Besonderheiten. Die Urkunde, deren Innehabung durch den Vertreter für den Schein des Bestehens oder Fortbestehens einer Vollmacht spricht, muß „mit Zutun" des Geschäftsherrn in den Rechtsverkehr gekommen sein. Mit Recht wird allgemein angenommen[50]), daß keine Scheinvollmacht vorliegt, wenn der Geschäftsherr die Urkunde nicht ausgehändigt hat, sondern wenn sich jemand die Urkunde einseitig gegen oder ohne Willen des Ausstellers angeeignet hat. Die Haftung ist in derselben Weise ausgeschlossen wie der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten in § 935. Die Urkunde darf dem Aussteller weder gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sein, wenn seine Haftung begründet werden soll. Die Tatbestände der §§ 172, 935 sind in gewisser Weise rechtlich gleich gelagert. In beiden Fällen sollen die Interessen des Dritten, der einem äußeren Schein vertraut, geschützt werden, soweit der äußere Tatbestand durch ein Verhalten des Vollmachtgebers oder des Eigentümers geschaffen ist. Während aber in § 935 ein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Eigentümer das Abhandenkommen durch Fahrlässigkeit ermöglicht hat — obwohl Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Eigentümers und dem äußeren Schein der Berechtigung des Inhabers vorliegt — soll nach Ansicht einiger Schriftsteller[51]) eine Haftung

48) im Ergebnis wie hier Hupka, S. 173, 433; H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 53; Goldberger, S. 61; Ehlerding, S. 43; Vollmers, S. 25.

49) vgl. auch v. Seeler, ArchbürgR. 28, 40, Hupka, S. 173, 433; Goldberger S. 61, gegenteilige Ansicht in Prot. I, S. 149; Motive 1, S. 239.

50) u. a. Oertmann, § 172, 1 c α; Rechtsschein S. 470; Staudinger, §§ 171 f. Anm. 6.

51) Seeler, S. 40 f.; Vollmers, S. 45 f.; Schmidt-Colinet, S. 56 f.

des Vollmachtgebers schon dann eintreten, wenn er nach Ausstellung der Vollmachtsurkunde ein Verhalten betätigt, das geeignet ist, einen Verlust und damit eine unbefugte Verwendung der Urkunde herbeizuführen. Geht der Aussteller mit der Urkunde unvorsichtig um, oder gibt er sie jemandem, der ihn nicht vertreten, sondern die Urkunde nur als Bote überbringen soll, so besteht nach dieser Ansicht eine Haftung des Vollmachtgebers, wenn die Urkunde in unberufene Hände kommt und entgegen dem Willen des Ausstellers gebraucht wird. Als Begründung wird angeführt, der Schein, der dafür spricht, daß der mit der Urkunde auftretende Dieb oder Finder bevollmächtigt ist, sei durch das Verhalten des Geschäftsherrn kausal mitveranlaßt. Der Aussteller einer Vollmachtsurkunde bedürfe nicht eines so weitgehenden Schutzes, wie ihn die Vorschrift des § 935 dem Eigentümer gewährt. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die richtig verstandene Veranlassung des Rechtsscheins in § 172 liegt nach Wort und Sinn des Gesetzes lediglich in der Aushändigung der Urkunde, d. h. in einem einverständlichen Geben und Nehmen. Weder die Ausstellung der Urkunde allein[52] noch ein der Ausstellung nachfolgendes Verhalten[53] vermag ohne Aushändigung der Urkunde die Haftung aus Scheinvollmacht zu begründen.[54]

Es braucht nicht besonders betont zu werden, daß eine Haftung aus Scheinvollmacht da ausscheidet, wo die Vollmachtsurkunde von einem Unbefugten angefertigt und übergeben ist[55]. Hier ist der Vollmachtsschein nicht durch ein Verhalten des in der Urkunde als Vollmachtgeber Bezeichneten veranlaßt, wie es § 172 voraussetzt.

Eine Haftung des Geschäftsherrn entfällt aber nicht, wenn er dem Vertreter eine Bevollmächtigungsurkunde ausgehändigt hat unter der nicht in der Urkunde zum Ausdruck kommenden Vereinbarung, die Urkunde überhaupt nicht oder nur in bestimmter Weise zu gebrauchen und danach der Vertreter von der Urkunde abredewidrig Gebrauch macht. Hat der Geschäftsherr z. B. eine Urkunde in blanko übergeben und füllt sie der Vertreter auftragswidrig aus, so tritt — bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen — eine Haftung des Vollmachtgebers in dem Umfange ein, wie er sich aus der abredewidrig ausgefüllten Urkunde ergibt.[56] Zu diesen Fällen

52) s. v. Seeler, S. 40 ff. u. Jsay. S. 239.

53) vgl. die verschiedenen Meinungen bei Oertmann, § 172, 1 c.

54) so auch die h. M., vgl. Oertmann, § 172, 1c aa α; Staudinger, §§ 171 f. Anm. 6; OLG Dresden in SeuffA 66, Nr. 156.

55) so u. a. Staudinger, §§ 171 f. Bem. 5; Goldberger, S. 58; Hupka S. 174, Biermann, S. 116, Endemann, S. 105.

56) Biermann, S. 116; Goldberger, S. 58; Ehlerding, S. 4[illegible]; Vollmers, S. 47

des abredewidrigen Gebrauchs gehört auch der, daß der Urkundenaussteller dem Vertreter das Schriftstück aushändigt mit der Anweisung, erst von einem bestimmten Zeitpunkt ab — der aber in der Urkunde nicht angegeben ist — für ihn Geschäfte abzuschließen und der Vertreter dessen ungeachtet vor diesem Zeitpunkt im Namen des Ausstellers handelt.[57] Unter den abredewidrigen Gebrauch der Urkunde im weiteren Sinne kann man auch den Fall rechnen, daß die ausgehändigte Urkunde von dem Bevollmächtigten nachträglich verfälscht wird. Wird die Unterschrift des Ausstellers gefälscht, so kann nach dem oben Gesagten keine Haftung eintreten. Aber es ist möglich, daß der Vertreter die in der Urkunde erteilte Spezialvollmacht in eine Art- oder Generalvollmacht umändert. Eine solche durch die Unterschrift des Ausstellers gedeckte, aber in ihrem Inhalt verfälschte Urkunde vermag ebenfalls die Haftung des Geschäftsherrn herbeizuführen.[58] Es ist aber dabei zu berücksichtigen, daß der Dritte die Echtheit der Urkunde wenigstens oberflächlich nachgeprüft und ihren wesentlichen Inhalt gelesen haben muß. Bei groben leicht erkennbaren Verfälschungen wird deshalb die Haftung des Geschäftsherrn wegen Fehlens des guten Glaubens des Dritten meist abzulehnen sein.[59]

Was den guten Glauben des Dritten anbelangt, dessen Mängel für den Dritten den Schutz der Bestimmungen der §§ 170 ff. ausschließt, so ist dazu noch folgendes zu bemerken:

Die §§ 170 ff. sind nicht nur dann unanwendbar, wenn der Dritte bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes mit dem Vertreter das Erlöschen — oder im Falle der §§ 171 I, 172 I das Nichtbestehen — der Vollmacht kannte, sondern schon dann, wenn er auch nur kennen mußte.[60] Unter dem Kennenmüssen ist, wie aus den §§ 122 II, 276 I ersichtlich, die auf Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beruhende Unkenntnis zu verstehen. Eine solche auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis ist im allgemeinen nicht schon dann gegeben, wenn der Dritte es unterläßt. Erkundigungen über die Entstehung oder das Fortbestehen der Vollmacht einzuziehen, sondern nur dann, wenn er besondere Umstände die jedem Verständigen dies als zweifelhaft erscheinen lassen, unbeachtet läßt.[61] Soweit aus dem Inhalt derErklärung des Ver-

57) v. Seeler, S. 2; Ehlerding, S. 44 Anm. 27; Vollmers, S. 46.

58) so auch Vollmers, S. 47; anders die herrschende Lehre.

59) Vgl. RGZ. 108, 127: Der Dritte mußte aus der Urkunde erkennen, daß das Kausalverhältnis wegen Formmangels (§ 313 BGB) und damit das Vollmachtsverhältnis ungültig war.

60) RGZ 108, 125 ff. Anders die Bestimmungen des PAL. R. I, Titel 13, §§ 168, 200.

60) Staudinger, § 173 Anm. 1 und 4.

tretenen selbst eine zeitliche oder inhaltliche Beschränkung der Vertretungsmacht zu entnehmen ist, kann sich der Dritte selbstverständlich auf die Unkenntnis dieser Beschränkungen nicht berufen[62].

Ist die ursprünglich erteilte Vollmacht dadurch erloschen, daß der Vertretene sie angefochten hat, was ja nach dem oben Gesagten eine Haftung des Vertretenen auf Grund der Vollmachtskundgebung nicht ausschließt, so ist der Dritte nicht nur dann bösgläubig, wenn er bei Vornahme des Rechtsgeschäfts von der vollzogenen Anfechtung Kenntnis hat oder haben muß, sondern schon dann, wenn er zu dieser Zeit auch nur die Anfechtbarkeit kennt oder kennen muß, sofern später die Anfechtung wirklich erfolgt. Das ergibt sich aus § 142 II[63].

Im Gegensatz zu den §§ 170—172 ist in der Vorschrift des § 169 keine Scheinvollmacht zu sehen[64].

Mit der in §§ 674, 729 fingierten Fortdauer des Auftrags oder Geschäftsführungsverhältnisses ist eine Fiktion des Fortbestandes der Vollmacht verbunden. Das ergibt sich schon aus § 168 I, wonach sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse bestimmt, und wird im § 169 nur nochmals wiederholt. Soll nach den §§ 674, 729 das Grundverhältnis zugunsten des Beauftragten als fortbestehend gelten, so soll auch die Vollmacht zunächst zugunsten des Vertreters als fortbestehend angesehen werden. Er soll vor der Gefahr geschützt werden, von dem Dritten wegen mangelnder Vertretungsmacht gemäß § 179 als falsus procurator haftbar gemacht zu werden[65]. Nach § 179 III haftet er aber überhaupt nicht, wenn der Dritte bösgläubig ist, d. h. die Endigung des Grundverhältnisses kennt oder kennen muß. Dann ist ein Schutz des gutgläubigen Vertreters nicht mehr nötig und § 169 bestimmt demgemäß, daß in diesem Falle die Vollmacht nicht — und zwar niemandem gegenüber — als fortbestehend gilt, womit auch gleichzeitig die Haftung des Vollmachtgebers entfällt. Der Zweck des § 169 ist also vor allem der Ausschluß der Haftung des gutgläubigen Vertreters nach § 179 II. Der gutgläubige, d. h. in schuldloser Unkenntnis über das Erlöschen befindliche Beauftragte bzw. Dienstschuldner oder geschäftsführende Gesellschafter soll geschützt werden. Daß damit auch ein Schutz

62) Vgl. OLG Hamburg, OLG Rspr. 14, 269.
63) Staudinger, § 173 Anm. 3, §§ 170 f. Anm. 3, vgl. auch Jehle, S. 44 f.
64) a. M. v. Seeler, S. 33
65) so auch Oertmann, § 169, 3; Goldberger, S. 91 f., Ehlerding, S. 46.

des Dritten gegenüber dem Vertretenen verbunden ist, ist nicht verwunderlich. Er folgt notwendigerweise aus der Fiktion des Fortbestehens der Vollmacht. Diese Fiktion dient also nicht in erster Linie oder gar ausschließlich dem Schutz des gutgläubigen Dritten, der an das Bestehen einer in Wahrheit nicht vorhandenen Vollmacht glaubt. Nur dann könnte man von einer Scheinvollmacht reden. In Wahrheit ist vielmehr der Schutz des Dritten nur eine notwendige Nebenfolge des Schutzes des Vertreters[66]).

Einen wichtigen Scheinvollmachtstatbestand enthält das BGB noch in der Vorschrift des § 370. Danach gilt der Ueberbringer einer Quittung als ermächtigt, die schuldnerische Leistung für den Gläubiger anzunehmen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.

Der Quittungsüberbringer kann sowohl Bote als auch Stellvertreter sein[67]). Das hängt ganz vom Einzelfall ab. Für die rechtliche Behandlung ist die Beantwortung dieser Frage aber belanglos. Nach dem Gesetz gilt der Ueberbringer stets als ermächtigt[68]).

Aus dem Wort „Ueberbringer" läßt sich nicht entnehmen, daß die Urkunde dem Inhaber ausgehändigt sein muß. Der Schuldner wird befreit, auch wenn die Quittung dem Aussteller gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist[69]). Man kann den Ueberbringer deshalb treffend Quittungsträger nennen[70]). Das den Schein einer solchen Ermächtigung verursachende Verhalten des Vertretenen liegt hier nicht wie in § 172 in der Aushändigung, sondern nur in der Ausstellung der Urkunde. Durch das Ausstellen der Quittung setzt der Geschäftsherr die Bedingung für das Entstehen einer Scheinermächtigung. An dieses Verhalten wird in § 370 unter größter Rücksichtnahme auf die Verkehrssicherheit die Fiktion einer Ermächtigung geknüpft. Ein solches Verhalten fehlt danach, wenn die Quittung von einem Unbefugten angefertigt ist. Soll der Schuldner durch die Leistung an den Ueberbringer der Quittung frei werden, so muß die Urkunde echt sein[71]).

66) so Vollmers, S. 48; Ehlerding, S. 46; Oertmann, § 169, 3 a. E.
67) vgl. die verschiedenen Meinungen bei Ehlerding, S. 47.
68) im Ergebnis ebenso Oertmann, § 370 1 a und 1 b; Planck, § 370, 1.
69) anders im PALR § 129 I 13. Vgl. auch Isay, S. 230 ff.; Hupka, S. 174 gegen Wellspacher, S. 86 und Goldberger, S. 67 f., 78 f.
70) Keyssner, S. 142.
71) so u. a. Oertmann, § 3700 1 b; Keyssner, S. 141; Goldberger, S. 83; RGZ 73, 346.

Bestritten ist die Wirkung einer verfälschten Quittung. Ein unehrlicher Ueberbringer erhöht z. B. die quittierte Summe. Daß die verfälschte Quittung in solchen Fällen wie eine unechte Quittung zu behandeln ist und demnach keine Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit eintreten kann, erscheint ungerecht. Ebenso bedenklich ist es, die Befreiung des Schuldners in Höhe des fälschlich eingesetzten Betrages zu befürworten[72]. Die zwischen den Interessen der Beteiligten am gerechtesten entscheidende Lösung ist die, den Schuldner im Falle der verfälschten Quittung bis zu dem ursprünglich quittierten Betrage zu befreien.[73] Der Ueberbringer der Quittung gilt aber nur dann als ermächtigt, wenn der Schuldner gutgläubig ist, d. h. wenn er nicht die Umstände kannte, welche bei verständiger Würdigung derselben die Annahme einer Bevollmächtigung ausschließen. Auch hier ist zu fordern, daß Kenntnisnahme von der die Fiktion rechtfertigenden Grundlage nötig und genügend ist. Daß die Quittung auch dem Schuldner ausgehändigt werden muß, ist aber nicht erforderlich[74].

Daß eine — unter Umständen abredewidrig ausgefüllte — Blankoquittung nicht geeignet ist, das schutzwürdige Vertrauen des Leistenden zu rechtfertigen[75], ist schwer einzusehen. Das Reichsoberhandelsgericht sagte einst, daß „eine Blankoquittung in dem Schuldner unwillkürlich den Verdacht aufkommen lassen muß, daß diese ohne den Willen des Ausstellers aus seinem Besitz gelangt sei und den Schuldner daher veranlassen mußte, sich zuvor durch Nachfrage beim Gläubiger darüber zu vergewissern, ob dem Ueberbringer die im Verkehr ungewöhnliche Befugnis zur Ausfüllung eines Quittungsblanketts eingeräumt sei“[76]. Heutzutage ist indes die Befugnis zur Ausfüllung einer Blankoquittung keineswegs ungewöhnlich[77]. Der Gläubiger weiß z. B. nicht, wieviel sein zahlungsschwacher Schuldner im Augenblick zahlen kann, oder er kennt nicht mehr die Höhe der Förderung. Da wird oft die Uebergabe von Blankoquittungen zu treuen Händen das Naheliegendste sein. Warum soll man in diesen Fällen nicht Vertretungswirkungen im Sinne des § 370 BGB für gerechtfertigt halten, wenn der Schuldner nach Ausfüllung des Blanketts durch den Ueberbringer an diesen zahlt?[78]

---

72) Planck, § 370 1 c.
73) wie hier Oertmann, § 370 Anm. 1 b; Goldberger, S. 83; Ehlerding, S. 49.
74) a. M. Oertmann, § 370, 1; Keyssner, S. 144.
75) Staudinger, § 370 Anm. 2; Goldberger, S. 84; Ehlerding, S. 49, ROHG 11 Nr. 13
76) ROHG 11, Nr. 13.
77) wie auch z. B. Vollmers, S. 49 annimmt.
78) ähnlich Dernburg, II 1 S. 285 Anm. 10.

2. Kapitel.

Im HGB und seinen Nebengesetzen.

Auch im Handelsverkehr, wo die Stellvertretung eine sehr häufige Erscheinung ist, finden gemäß Art. 2 EGHGB die soeben besprochenen Bestimmungen der §§ 170 ff., 370 BGB ‹subsidiäre› Anwendung. Das HGB hat nun den hierin festgelegten Schutz gutgläubiger Dritter noch in verstärktem Maße anerkannt und einige Bestimmungen mit rechtlichen Besonderheiten, namentlich in Bezug auf Dauer und Umfang von Vertretungsverhältnissen ausgestattet.

Das zeigt sich vor allem bei den Vorschriften über die Prokura, §§ 48 ff. HGB. Sie ist eine besonders geartete Vollmacht zur Vertretung im Handelsverkehr. Ihre Besonderheit äußert sich darin, daß ihr Umfang gesetzlich so unabänderlich festgelegt ist, daß der Prokurist immer mit Vertretungsmacht handelt, soweit er sich nur im Rahmen der gesetzlichen Prokura ‹§ 49 HGB› hält[1]. Interne Beschränkungen, die der Prokurist unter Ueberschreitung seines Auftrags dabei unbeachtet läßt, haben dem Dritten gegenüber keine Wirksamkeit, selbst dann nicht, wenn er sie positiv einer echten Vollmacht gemäß § 167 BGB,[2] denn der erforderliche Wille des Vollmachtgebers, eine so weit reichende Vollmacht zu erteilen, fehlt ja gerade. Auch eine gesetzliche Vertretungsmacht liegt nicht vor, denn der Prokurist ist nicht auf Grund gesetzlicher Vorschrift überhaupt zur Vertretung befugt, sondern der Umfang einer bereits bestehenden Vollmacht wird gesetzlich festgelegt. Aber auch von Scheinvollmacht kann keine Rede sein. Denn für die Bindung des Geschäftsherrn an die trotz Ueberschreitung der internen Vollmachtsbefugnisse dem Dritten gegenüber gültigen Rechtsgeschäfte wird Gutgläubigkeit des Dritten nicht vorausgesetzt. Es handelt sich vielmehr um ein eigenartiges Zwischengebilde, um eine „Vertretungsmacht kraft Gesetzes."[3]

Deswegen ist nun aber nicht gesagt, daß der Geschäftsherr in jedem Falle gebunden ist, wenn der Prokurist unter Ueberschreitung seiner Befugnisse mit einem bösgläubigen Dritten kontrahiert. Zwar kann dem Dritten die bloße Kenntnis von den internen Beschränkungen der Prokura nichts schaden, aber wenn der Prokurist seine im Innenverhältnis beschränkte, nach außen unbeschränkte Vertretungsmacht absichtlich zum Nachteil des Geschäftsherrn mißbraucht, und der Dritte hierbei wissentlich mitwirkt, dann gibt diese „Kollu-

1) Vgl. Koenige, § 50 Anm. 1; Staub, § 50 Anm. 1.
2) wie Koenige, § 50 Anm. 1 und Staub, § 50 Anm. 1 annehmen.
3) so auch Schmidt-Colinet, S. 50; Vollmers, S. 52.

sion" dem Geschäftsherrn gegenüber der Inanspruchnahme durch den Dritten die Einrede der Arglist[4]). Damit entfällt trotz Vorhandenseins der „Vertretungsmacht kraft Gesetzes" die Haftung des Prinzipals.

Scheinvollmachtsfälle ergeben sich aber in anderer Beziehung. Ist eine einmal erteilte Prokura wieder erloschen, so ist ihre Endigung — ebenso wie ihre Erteilung — gemäß § 53 III HGB in das Handelsregister zur öffentlichen Bekanntgabe einzutragen. Hat der Prinzipal dies verabsäumt, so ruft er durch diese Unterlassung den Rechtsschein des Fortbestandes der Prokura hervor, und er ist trotz Erlöschens der Vertretungsmacht an die vom vollmachtslosen Prokuristen abgeschlossenen Geschäfte gebunden, wenn der Dritte gutgläubig auf den Vollmachtsschein vertraut, § 53 in Verbindung mit § 15 HGB. Der Dritte wird auf Kosten des Vertretenen selbst dann geschützt, wenn er das Erlöschen der Prokura infolge Fahrlässigkeit nicht kennt. Es handelt sich also hier um eine richtige Scheinvollmacht.

Ein weiterer Scheinvollmachtstatbestand kann nach § 15 II HGB gegeben sein, wenn zwar das Erlöschen der Prokura eingetragen und bekannt gemacht worden ist, der Dritte aber nachweist, daß er diese Tatsache weder kannte noch kennen mußte. Seine Unkenntnis darf also hier nicht auf Fahrlässigkeit beruhen. Doch wird dieser Fall in der Praxis eine geringe Rolle spielen, da es zu der im Handelsverkehr erforderlichen Sorgfalt gehört, sich über die Bekanntmachungen des Registergerichts zu unterrichten.

Weitere Scheinvollmachtstatbestände enthalten die Vorschriften über den Handlungsbevollmächtigten, §§ 54, 55 HGB. Hier wird der Umfang der Handlungsvollmacht nicht als unbeschränkbar festgelegt, sondern das Gesetz stellt nur eine Vermutung dafür auf, welche Geschäfte der Handlungsbevollmächtigte vorzunehmen berechtigt sein soll. Der Geschäftsherr kann diese dem Vertreter präsumtiv zustehende Vertretungsmacht einschränken. Die Einschränkung des vom Gesetz als normal bezeichneten Umfanges der Vollmacht kann jedoch gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden (§ 54 III HGB). Hier ist es die Anstellung des Handlungsbevollmächtigten, die den Schein einer Vollmacht mit dem gesetzlich vermuteten Umfange hervorruft. Gehen wirklich erteilte und gesetzliche vermutete Handlungsvollmacht auseinander, so wird der

4) Vgl. u. a. RGZ 52, 99; 57, 391; 58, 356; 71, 222; Staub, § 50 Anm. 2; § 126 Anm. 15 und vor allem Titze, in Ehrenbergs Handbuch II, S. 919.

gutgläubig auf den Rechtsschein vertrauende Dritte durch eine Scheinvollmacht geschützt[5]). Zu seinen Gunsten wird es so angesehen, als wäre dem Handlungsbevollmächtigten Vollmacht mit dem „normalen" Umfange erteilt.

Das für den Handlungsbevollmächtigten Gesagte kann gemäß § 87 in gleicher Weise auf den Handlungsagenten (§§ 84—87 HGB) Anwendung finden, so daß auch hier Scheinvollmachtstatbestände festgestellt werden können.

Hierher gehören schließlich auch die Bestimmungen der §§ 43 bis 47 VVG über die Stellung des Versicherungsagenten.

Der Versicherungsagent, der im Zweifel nur Vermittlungsagent ist, gilt nach § 43 VVG gutgläubigen Dritten gegenüber als ermächtigt zur Entgegennahme gewisser Anzeigen und Anträge, sowie auch zur Annahme von Prämien, wenn er im Besitz der Prämienrechnung ist. Für den Abschlußagenten ist diese Ermächtigung noch erweitert durch die Bestimmungen des § 45 VVG.

Eine Scheinvollmacht liegt in diesen Fällen vor, wenn der Versicherer dem Versicherungsagenten überhaupt keine Vollmacht erteilt hat oder aber wenn eine erteilte Vollmacht wieder erloschen ist. Zugunsten des gutgläubigen Dritten wird es dann bei Vornahme der in den §§ 43, 45 VVG näher bezeichneten Handlungen so angesehen, als wenn dem Versicherungsagenten eine Vollmacht mit dem gesetzlich festgelegten Umfange zustände. Eine Scheinvollmacht liegt ferner dann vor, wenn dem Agenten zwar eine Vollmacht erteilt worden ist, aber was hier auch zulässig ist, mit einem geringeren Umfange, als sie das Gesetz vorschreibt. Soweit dann die Handlungen des Agenten nicht durch die ihm tatsächlich erteilte Vollmacht gedeckt sind, handelt er gutgläubigen Dritten gegenüber mit einer die Vollmacht bis zum gesetzlich festgelegten Umfange ergänzenden Scheinvollmacht. Wir haben es also hier nicht nur, wie beim Handlungsagenten und Handlungsbevollmächtigten, mit einer Scheinvollmacht hinsichtlich des vom Gesetz als normal bezeichneten Umfanges, sondern auch hinsichtlich des Entstehens und Fortbestehens einer Vollmacht zu tun. Der von dem Geschäftsherrn veranlaßte Vertrauenstatbestand ist hier in der ständigen Betrauung des Versicherungsagenten, Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen, zu sehen. Dem Dritten schadet in diesen Fällen nur Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Beschränkungen der Vollmacht des Versicherungsagenten. Grob fahrlässig handelt,

5) vgl. Vollmers, S. 53 f.; Ehlerding, S. 51.

wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gröblich, in hohem Grade außer acht läßt, wer nicht beachtet, was unter den gegebenen Umständen jedem einleuchten muß[6]). So, wenn er die deutlich in den Antragspapieren, in den Versicherungsbedingungen, in dem Ver- Versicherungsschein[7]) oder in der Prämienquittung zum Ausdruck kommenden Beschränkungen unbeachtet läßt. Als Beschränkungen im Sinne dieser Vorschrift ist es nicht anzusehen, wenn vereinbart wird, daß Erklärungen und Anzeigen des Versicherungsnehmers dem Versicherer gegenüber nur in schriftlicher Form abgegeben werden können, mündliche Erklärungen gegenüber dem Agenten also wirkungslos sind. Hier handelt es sich vielmehr um eine für die Anzeige des Versicherungsnehmers vorgeschriebene Form[8]), um eine sich aus dem Vertrag selbst ergebende Beschränkung, die für alle Erklärungen und Anzeigen — vorbehaltlich entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen —[9]) vorgesehen werden kann. Die Nichtbeachtung dieser Formvorschrift hat also nach § 125 S. 2 BGB im Zweifel die Unwirksamkeit der Willenserklärung des Versicherungsnehmers zur Folge.

Was die Annahme von Prämien durch den Agenten anbelangt, so ist dazu noch folgendes zu sagen: der Agent ist zur Annahme von Prämien befugt, wenn er sich im Besitz einer vom Versicherer eigenhändig oder mechanisch unterzeichneten Prämienrechnung befindet[10]). Da er über die empfangene Zahlung quittieren kann und muß, so kommt der Prämienrechnung dieselbe Vermutung wie der Quittung nach § 370 BGB zu. Der an den Agenten zahlende Prämienschuldner wird also auch dann von seiner Verpflichtung dem Versicherer gegenüber befreit, wenn der Agent die Prämienrechnung widerrechtlich erlangt oder gefunden hat. Kannte der Zahlende aber Umstände, die der Annahme der Ermächtigung entgegenstehen, so kommt ihm die Vermutung, welche den Besitz der Prämienrechnung in sich schließt, nicht zugute[11]).

Einen im täglichen Leben überaus wichtigen Fall von Scheinvollmacht enthält auch der § 56 HGB. Danach gilt derjenige, der in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem

6) RG in VA 1907 Anh. 15, Nr. 281.
7) VA 1909, 106.
8) Begründung zu dem Entwurf eines Versicherungsvertragsgesetzes (Reichstagsdrucksache Nr. 364, 12. Legislaturperiode I Sess. 1907).
9) Vgl. VA 1909, 106, 156.
10) KG in JRdsch. 1930, 98.
11) wie hier Bruck-Dörstling, § 43 Anm. 11.

derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen. Hier knüpft das Gesetz an die Anstellung in einem Laden oder offenen Warenlager die Wirkungen einer Bevollmächtigung, und zwar nicht nur hinsichtlich ihres Umfanges, sondern auch hinsichtlich ihres Bestehens. Die Wirkung des § 56 tritt aber nach herrschender Meinung nur dann ein, wenn der Dritte gutgläubig ist. Der Dritte darf weder das Nichtbestehen, noch die Beschränkungen der Vollmacht kennen oder kennen müssen[12]. Das ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der hier getroffenen Regelung. Das kaufende Publikum kann nicht bei jedem Geschäftsabschluß nachprüfen, ob dem in einem Laden oder offenen Warenlager Angestellten überhaupt und in welchem Umfange Vollmacht erteilt ist. Es ist schutzbedürftig, wenn einmal der auf eine Bevollmächtigung hindeutende Schein nicht den Tatsachen entspricht. Das Schutzbedürfnis fehlt aber, wenn der Dritte von dem Nichtbestehen oder der Beschränkung der Vollmacht Kenntnis hatte oder wenigstens haben konnte. Es wird also in den § 56 keine Vertretungsmacht fingiert[13]. § 56 HGB enthält keine „gesetzliche Vollmacht" des Angestellten. Die Regelung ist nicht primär für den Angestellten als solchen, sondern für den Schutz des redlichen Dritten geschaffen. Wir haben es vielmehr in Wahrheit mit einem überaus wichtigen Fall von Scheinvollmacht zu tun.

Die das Vertrauen des Dritten rechtfertigende objektive Grundlage[14] ist hier das Angestelltsein. Wie fast allgemein anerkannt wird[15], braucht dieses Angestelltsein nicht auf einem rechtsgültigen Auftrags- oder Dienstverhältnis zu beruhen. Es genügt vielmehr das tatsächliche Angestelltsein. Es handelt sich bei der Anstellung im Sinne des § 56 HGB nicht um die Begründung eines Rechtsverhältnisses, sondern um die Herstellung eines faktischen Zustandes[16]. Angestelltsein ist hier gleichzusetzen mit „als Angestellter tätig sein[17]."

Soll aber eine Haftung des Geschäftsherrn für die Geschäfte seiner Angestellten eintreten, so muß — wie in allen Fällen der Haftung aus Scheinvollmacht — deren Tätigkeit auf ein Verhalten des Prinzipals zurückzuführen sein. Das Verhalten des Vertreters subjektiv zurechenbar sein. Die herrschende Lehre verlangt in dieser

12) Vgl. J. v. Gierke, § 21 VII 3, Düringer-Hachenburg, § 56 Erl. 1, Staub, § 56 Anm. 3, Cosack, 23 3b, Wellspacher, S. 108, Ehlerding, S. 52, Vollmers, S. 55, Schmidt-Colinet, S. 52; ROHG 20, 122, 23, 348.

13) wie Koenige, § 56 Anm. 1, Staub, Einl. zu den Anm. zu § 56, J. v. Gierke, § 21 VII 3 annehmen.

14) vgl. Oertmann, Rechtsschein, S. 481.

15) Staub § 56 Anm. 1, Wellspacher, S. 108; v. Seeler. S. 48; Isay, S. 234.

16) Isay, S. 237.

17) Wellspacher, S. 109 Anm. 26, v. Seeler, S. 48.

Hinsicht, daß die Vertreter mit Wissen und Willen des Vertretenen in dem Geschäftsraum mit dem Publikum verkehrt. Fehlt es an diesem Willen und beruht die Unkenntnis des Prinzipals von dem rechtsscheinbegründenden Sachverhalt auf Fahrlässigkeit, so würde demnach der gutgläubige Dritte nicht geschützt werden. Diese Ansicht läßt sich indessen mit dem Zweck des § 56 nicht vereinbaren[18]. Richtiger Meinung nach genügt es für den Schutz des gutgläubigen Dritten, wenn der Geschäftsherr das Tätigwerden einer Person als Angestellter verursacht hat[19], so z. B. wenn er durch mangelhafte Ueberwachung seines Personals die Täuschung des Dritten veranlaßt hat[20].

Zwei wichtige Scheinvollmachtstatbestände enthält auch das Seerecht in den §§ 493 ff., 526 ff. HGB für den Korrespondentreeder und für den Schiffer. Kraft ihrer Bestellung sind sie gutgläubigen Dritten gegenüber „befugt", in dem in den §§ 493 und 526 ff. näher bezeichneten Umfange Geschäfte und Rechtshandlungen für und gegen den Geschäftsherrn vorzunehmen. Ist also dem Korrespondentreeder eine Vollmacht überhaupt nicht erteilt worden oder ist seine Vollmacht wieder erloschen, so wirken die von ihm mit gutgläubigen Dritten abgeschlossenen Geschäfte doch so, wie wenn er innerhalb einer vom Geschäftsherrn erteilten Vollmacht mit dem gesetzlich vermuteten Umfange gehandelt hätte. Ist ihm zwar eine Vollmacht erteilt worden, aber mit einem von der gesetzlichen Vermutung abweichenden, einschränkendem Umfange, so wirken ferner solche internen Beschränkungen der Vollmacht nicht Dritten gegenüber, die davon keine Kenntnis haben. Der Korrespondentreeder handelt dann ihnen gegenüber mit einer die erteilte Vollmacht ergänzenden Scheinvollmacht.

Gleiches gilt für den Seeschiffer nach §§ 526 ff. HGB und für den Binnenschiffer nach §§ 15 ff. Binnenschiffahrtsgesetz.

Der Dritte wird in diesen Fällen selbst dann geschützt, wenn er das Nichtbestehen oder die Beschränkungen der Vollmacht kennen muß, §§ 495, 531 HGB[21]. Es handelt sich also hier um Scheinvollmachtsfälle, bei denen an den guten Glauben des Dritten nicht so hohe Anforderungen wie sonst gestellt werden. Doch ist hier zu beachten, daß der Reeder in solchen Fällen nicht mit seinem ganzen Vermögen haftet, sondern nur in dem durch §§ 486 Ziff. 1, 533 HGB und § 4 Binnenschiffahrtsgesetz beschränkten Umfange, d. h. nur mit Fracht und Ladung.

18) Deshalb setzt sich Düringer-Hachenburg für eine analoge Anwendung des § 56 I ein, wenn ein Kaufmann es aus Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit unterläßt, zu verhindern, daß sein nicht für eine Tätigkeit im Laden bestimmter Angestellter gleichwohl im Laden als Verkäufer tätig wird.

19) so auch Vollmers, S. 54; v. Seeler, Arch. bürgR. 28, 48.

20) Vgl. Ernst, S. 43. Weitere Beispiele bei Vollmers, S. 54.

21) so auch Laband in Goldschmidts Zschr. f. Handelsrecht, Bd. 10, 202 und 224. Vgl. auch Schaps, § 495 Anm. 3; RGZ 42, 71; 82, 132.

Zweiter Teil.

Die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Fälle der Scheinvollmacht.

Im täglichen Leben, namentlich auf dem Gebiete des Handelsverkehrs, haben sich Stellvertretungsfälle ergeben, die sich nicht ohne weiteres unter einen der soeben behandelten Gesetzestatbestände subsumieren lassen, die aber doch mit den gesetzlich geregelten Fällen der Scheinvollmacht große Aehnlichkeit haben[1].

Es handelt sich um Fälle, in denen jemand an Handlungen eines Vertreters gebunden ist, weil er durch sein eigenes Verhalten Dritte zu den Glauben veranlaßt hat, daß der Handelnde Vertretungsmacht habe[2]. Bei den Sachverhalten, die den Gerichten zur Entscheidung vorlagen, handelt es sich meist darum, daß der Geschäftsherr es ohne Widerspruch fortgesetzt duldet, daß ein anderer für ihn ohne Vollmacht Geschäfte abschließt[3] oder eine bestehende Vollmacht überschreitet[4].

Liegt in diesen und ähnlichen Fällen eine Bevollmächtigung nicht oder nicht mehr vor, oder ist eine solche wenigstens nicht nachweisbar, so hat der Dritte, der sich mit dem Mittler im Vertrauen darauf, daß dieser auch tatsächlich bevollmächtigt sei, rechtsgeschäftlich einläßt, an sich nur die Hilfe des § 179 BGB. Er kann sich an den falsus procurator halten, falls der Vertretene das Geschäft nicht noch genehmigt. Diese — für den Gutgläubigen und Minderjährigen noch abgeschwächte — Haftung des falsus procurator ist aber bei dessen Vermögenslosigkeit für den Dritten nur eine geringe Hilfe. An den Vertretenen kann er sich nicht halten, denn einen Grundsatz, daß der Dritte sich kraft guten Glaubens auch auf eine in Wahrheit nicht bestehende Vertretungsmacht dem Vertretenen gegenüber berufen könne, kennt das Gesetz nicht. Wer sich mit einem angeblich Bevollmächtigten einläßt, tut grundsätzlich auf eigene Gefahr.

---

1) Im einzelnen im folgenden Abschnitt behandelt.

2) Im englischen Recht spricht man von agency by estoppel; vgl. insbesondere Riezler, S. [illegible].

3) RG in JW 01, 844 ff., RGZ 76, 202.

4) RGZ 117, 164 ff. = JW 27, 241 f.; vgl. ferner RG 45, 196; 50, 76; 65, 295; 100, 49; 116, 247; 117, 165; 122, 351; RAG in JW 36, 349 Nr. 55.

1. Kapitel:

Ihre dogmatische Erfassung durch die Lehre von der stillschweigenden Bevollmächtigung.

Die Gerichte und größtenteils auch die Literatur[1] erkannten es als unbillig an, den gutgläubigen Dritten in den soeben skizzierten Fällen allein auf die Rückgriffsmöglichkeit des § 179 zu verweisen. Um dem berechtigten Verkehrsinteresse Schutz zu gewähren, bejahten sie die Haftung des Vertretenen, weil der Vertreter als vom Vertretenen „stillschweigend bevollmächtigt" angesehen werden könne. Die stillschweigende Bevollmächtigung wird in erster Linie gefolgert aus dem in die äußere Erscheinung tretenden Verhalten des Geschäftsherrn, das von dem gutgläubigen Dritten als Ausdruck eines Bevollmächtigungswillens angesehen werden darf — ohne daß aber tatsächlich ein derartiger Wille nachweisbar ist. So sagt das RG in JW 27, 1249 Nr. 5: „Für die Frage. ob eine sog. stillschweigende Bevollmächtigung anzunehmen ist, kommt es nicht sowohl darauf an, ob der Vertretene die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Vertreters gekannt oder geduldet hat, als vielmehr darauf, wie das Verhalten des Vertretenen gegenüber den Handlungen des Vertreters von den mit diesem abgeschließenden dritten Personen aufgefaßt werden mußte, d h. ob es von ihnen nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden durfte, daß dem Vertretenen bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Verhalten des Vertreters nicht habe verborgen bleiben können und daß es daher von ihm geduldet werde[2]".

Um die Mängel dieser vom Willen des Vertretenen ausgehenden Begründung aufzuzeigen, erscheint es notwendig, zunächst kurz auf einige Grundbegriffe einzugehen.

Vollmacht wird durch einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft erteilt. (§§ 166, II, 167 BGB. Der wesentliche Kern eines Rechtsgeschäftes ist die Willenserklärung, das ist die auf einen Rechtserfolg gerichtete private Willensäußerung, deren Wirkungen entsprechend diesem Erfolgswillen bestimmt werden[3]. Die Willenserklärung hat zwei Bestandteile, einen äußeren Tatbestand: die Erklärung, und einen inneren: den Willen. Objektiv ist ein äußeres

1) a. A. vor allem v. Tuhr, S. 393 ff.; Planck, § 167, 6, die dem Dritten nur die Hilfe des § 179 zugestehen. Gegen sie vor allem H. H. Meyer, S. 8, 9.

2) s. ferner RG Warn. 1926 Nr. 154 in „Recht" 26 Nr. 1928; JW 30, 3763 Nr. 25 und neuestens die Entscheidung des RAG in JW 36, 349 Nr. 55. Vgl. auch RG 65, 295 ff.; 73, 349; 100, 48 ff; 105, 185; 118, 234; 133, 100; SeuffA 82 Nr. 2; 13, 154; 85 Nr. 80; KG in KGBl. 34, 111; OLG Stettin in LZ 32, 1076; OLG München, in LZ. 28, 137 Nr. 2.

3) Lehmann, § 24 I.

Verhalten erforderlich, aus dem sich ein Schluß auf einen bestimmten Geschäftswillen ziehen läßt: das äußere Verhalten muß auslegungsfähig sein[4]). Nur dann, wenn das äußere Verhalten einen entsprechenden Erklärungswert hat, d. h. wenn jeder objektive Beschauer aus dem Verhalten des anderen auf einen rechtsgeschäftlichen Willen schließen kann, kann eine Willenserklärung entstehen.

Zum inneren Tatbestand der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gehören drei Elemente: der Handlungs-, der Erklärungs- und der Geschäftswille. Der Handlungswille ist der bewußte Willensakt, der sich auf die Beobachtung des äußeren Verhaltens richtet, aus dem der Geschäftswille (die Erfolgsabsicht) geschlossen werden kann[5]). Der Erklärungswille, genauer: das Erklärungsbewußtsein ist das Bewußtsein des Handelnden, durch sein Verhalten eine rechtsgeschäftliche Mitteilung irgendwelchen Inhalts zu machen oder wenigstens das Bewußtsein, daß ein anderer sein Verhalten als Aeußerung eines bestimmten Geschäftswillens deuten könnte[5]) Unter dem Geschäftswillen (Erfolgswille) versteht man die auf einen bestimmten wirtschaftlichen rechtlich gesicherten Erfolg gerichtete Absicht[5]).

Für das Vorhandensein einer Willenserklärung ist unbedingt erforderlich ein äußeres Verhalten und der Handlungswille. Aus den §§ 116 I, 119, 120 BGB ergibt sich zweifelsfrei, daß dieser Wille nicht für das Dasein, sondern allenfalls für die Wirksamkeit der Willenserklärung Bedeutung hat. Ob auch das Erklärungsbewußtsein oder gar der Erklärungswille für die Existenz einer Willenserklärung nötig ist, ist überaus bestritten. Die objektive Theorie[6]) verlangt sie nicht. An Stelle des Erklärungsbewußtseins setzt sie das Wissenmüssen vom Erklärungswert. Diese Ansicht stellt sich als eine Uebertreibung des Publizitätsprinzips dar, wonach die Rechtsordnung das Vertrauen auf den Schein, auf den äußeren Tatbestand schützt. Einen solchen Schutz hat das Gesetz zwar in vielfacher Weise gewährt, um dem Bedürfnis des modernen Wirtschaftslebens nach Verkehrssicherheit entgegenzukommen[7]). Indes kann keine Rede davon sein, daß das Gesetz auch sonst, abgesehen von den ausdrücklich geregelten Fällen, die äußere Erscheinung der Rechte, den Rechtsschein, schützen und die Geltendmachung der wahren Sachlage nur ausnahmsweise unter Auferlegung einer Ersatzpflicht an den Erreger des Rechtsscheins gestatte.

4) Enneccerus-N., § 144 I.

5) Lehmann, § 24 IV 1 b.

6) Vgl. die Zusammenstellung bei Oertmann, Komm. zu § 119.

7) Die Gesetzgebung ist dabei, wie Brunner, S. 168 und Huber (Die Bedeutung der Gewerbe im deutschen Sachenrecht) und O. v. Gierke (Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes im streitigen Recht) nachgewiesen haben, in Anlehnung an alte deutschrechtliche Grundbegriffe bewußt auf äußere Formen zurückgegangen.

Ein solches formalistisches, den Schein regelmäßig vor das Sein stellendes Recht haben wir nicht[8]). Deshalb kann es auch für das Dasein einer Willenserklärung nicht ausreichend sein, wenn objektiv der Erklärungswert und subjektiv lediglich der Handlungswille vorliegt. Das ganze Problem ist zu beantworten aus einer gerechten Abwägung der Interessen des Aeußernden und des Rechtsverkehrs. Man muß sich fragen, ob die Handlung dem, von dem sie ausgeht, zuzurechnen ist, so daß er sie nur im Wege der Anfechtung und belastet mit dem Ersatz des Vertrauensschadens (§§ 119 ff. BGB) wieder beseitigen kann, falls der Dritte gutgläubig auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat. Von einer Zurechenbarkeit kann man aber gerechterweise nur dann sprechen, wenn der Handelnde die Vertrauensgrundlage bewußt geschaffen hat, d. h. wenn er das Erklärungsbewußtsein hatte. Andernfalls muß das Interesse des Handelnden den — an sich auch schutzbedürftigen — Interessen des Dritten vorgehen[9]). Für diese Meinung spricht der § 118 BGB. Wenn danach die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nichtig ist, dann kann keinesfalls derjenige, der sich nicht bewußt ist, daß aus seinem Verhalten überhaupt auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann, nur anfechten. Eine Willenserklärung ist dann eben überhaupt nicht da. Gegen diese Meinung spricht nicht der § 119 BGB. Denn nach dieser Vorschrift ist Anfechtung möglich, wenn der Erklärende eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte, nicht aber, wenn er überhaupt keine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben wollte.

Die Kundgebung eines rechtsgeschäftlichen Willens kann nun ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Die ausdrückliche — besser unmittelbare — Willenserklärung dient unmittelbar und ausschließlich dem Zweck, einen rechtsgeschäftlichen Willen zu äußern. Die stillschweigende — besser: mittelbare — Willenserklärung ist eine Willensäußerung durch ein Verhalten, das zunächst nicht die Kundgebung eines rechtsgeschäftlichen Willens bezweckt, aber nach der Lebenserfahrung einen Schluß auf einen rechtsgeschäftlichen Willen zuläßt[10]). Solches „schlüssiges Verhalten" kann in Handlungen, aber auch in einem Unterlassen, einem bloßen Stillschweigen, liegen. Eine derartige stillschweigende Willenserklärung ist eine echte Willenserklärung. Sie ist existent, wenn objektiv ein Ver-

8) so überzeugend Enneccerus-N. § 73 II, 3, H. Meyer, S. 96 (Publ. Pr.) Oertmann, Rechtss. S. 433 mit der h. L.

9) so auch die h. L.: vgl. Enneccerus-N., § 136 A. 1, Oertmann S. 332, RG 77, 309.

10) Die Worte „ausdrücklich" und „stillschweigend" sind mehrdeutig und haben zu vielen Kontroversen geführt, die mit ihrer praktischen Bedeutung in keinem Verhältnis stehen. Vgl. Ennecc.-Nipperdey § 144 Anm. 3.

halten vorliegt, das einen Erklärungswert hat und subjektiv Handlungswille und Erklärungs- (Aeußerungs-) bewußtsein vorliegt. Daß auch hier das Erklärungsbewußtsein zu fordern ist, sollte nicht bestritten werden[11]). Was für die Willenserklärungen im allgemeinen gesagt worden ist, muß auch für die stillschweigenden Willenserklärungen gelten. Das Gesetz kennt keinen Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung. Es behandelt beide gleich[12]). Beide unterscheiden sich in Wahrheit nur durch den Grad und die Stärke des für das Vorhandensein des Willens erforderlichen Beweismittels[13]). Nur Manigk, der in diesem Zusammenhange von Willensbetätigungen spricht, steht auf anderem Standpunkt[14]). Er will in diesem Falle dem Handelnden sein Verhalten auch dann als Willenserklärung zurechnen, wenn ihm das Fehlen des Aeußerungsbewußtseins zum Vorwurf zu machen ist. Allein dieser Ansicht stehen dieselben Bedenken gegenüber wie der objektiven Lehre überhaupt. Es ist mit der herrschenden Lehre daran festzuhalten, daß auch bei den „Willensbestätigungen" der Handelnde sich sein Verhalten erst dann als Willenserklärung zurechnen lassen muß, wenn er das Aeußerungsbewußtsein hatte. Bei mangelndem Erklärungsbewußtsein kann er den Schein der Willenserklärung durch einfachen Gegenbeweis oder durch Verwahrung zerstören.

Auch die Vollmacht kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erteilt werden. Da das Gesetz grundsätzlich hierfür keine bestimmte Form oder eine ausdrückliche Erklärung verlangt, wie z. B. in § 48 I HGB, kann der Bevollmächtigungswille grundsätzlich auch durch schlüssige Handlungen zum Ausdruck kommen. Auch eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wie sie die Bevollmächtigung darstellt, kann durch konkludente Handlungen abgegeben werden[15]). Gegen diese Möglichkeit spricht nicht der Einwand[16]), daß dann die Irrtumsanfechtung zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen führt. Denn diese Gefahr besteht ja auch ebensosehr bei der ausdrücklichen Bevollmächtigung. Es ist Sache der Rechtsordnung, die unter Umständen untragbaren Folgen einer Anfechtung oder die Anfechtungsmöglichkeit selbst auf andere Weise zu beseitigen. Nach dem Vorhergesagten liegt eine stillschweigend erteilte Vollmacht vor, wenn in objektiver Hinsicht der Geschäftsherr ein

11) wie hier: Ennec.-Nipperdey, § 136 Anm. 7, Lehmann, § 24 IV 2 c.
12) Ennecc.-Nipperdey, § 144 Anm. 5.
13) Vgl. Ernst, S. 26.
14) Vgl. neuestens Manigk in Dogm. Jahrbuch 83, 58 f.
15) so Ennec.-Nipperdey, § 144 II c a. A., Planck, Vorbem. 4 zu Titel 2.
16) v. Wellspacher, S. 98, 73.

Verhalten betätigt, aus dem jeder objektive Beschauer auf einen Bevollmächtigungswillen schließen kann. In subjektiver Hinsicht ist neben dem Handlungswillen wenigstens erforderlich, daß der Geschäftsherr das Bewußtsein hat, aus seinem Verhalten könne auf einen Bevollmächtigungswillen geschlossen werden.

Die Fälle, die dem Reichsgericht und anderen Gerichten zur Entscheidung vorlagen, sind aber nun so gelagert, daß der Geschäftsherr in den meisten Fällen dieses Bewußtsein gar nicht hatte oder daß jedenfalls ein solches nicht nachweisbar war. Dann kann aber eine Haftung des Geschäftsherrn aus stillschweigend erteilter Vollmacht nicht in Frage kommen[17]. Sie ist nach den bisherigen Ausführungen nur dann gerechtfertigt, wenn man für die Existenz der Willenserklärung kein Erklärungsbewußtsein verlangt, ein Standpunkt, den die herrschende Meinung und die Praxis sonst nicht vertritt und auf den man sich wohl auch in den vorliegenden Fällen nicht stellen will.

Trotzdem ist die Praxis bis in die neueste Zeit[18] und nicht wenige Schriftsteller bei dieser theoretisch verfehlten Begründung stehen geblieben, indem man krampfhaft die verschiedensten Konstruktionen anwandte.

Wenn das Reichsgericht in den einschlägigen Entscheidungen die Haftung des Geschäftsherrn deshalb eintreten läßt, weil ein anderer von ihm als stillschweigend bevollmächtigt angesehen werden müsse, so ist darin eine Fiktion zu sehen: die Wirksamkeitsvoraussetzung der rechtsgeschäftlichen Vertretung, die Bevollmächtigung ist nicht da, es wird aber so angesehen, als ob sie vorläge. Dieser Fiktion liegt der Trugschluß zugrunde, die objektiv gerechtfertigte Annahme des Dritten vom Bestehen einer Bevollmächtigung müsse stets auch subjektiv zutreffen[19]. Man unterstellt dem Geschäftsherrn häufig damit einen Willen, den er in Wirklichkeit nicht hat.

Der Auffassung der Praxis, welche den Grund des Eintritts der Vertretungswirkung in allen diesen Fällen „in der stillschweigenden Willenserklärung" des Geschäftsherrn erblickt, sind auch einige

17) Konsequent sind vor allem v. Tuhr, S. 393 ff. und Planck, § 167 Anm. 6, die eine Haftung des Vertretenen stets ablehnen, falls eine ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung fehlt, mag der Schein noch so sehr dafür sprechen und der Dritte noch so gutgläubig sein. Ueber die Unbilligkeit des Ergebnisses vgl. vor allem H. H. Meyer, S. 8/9.

18) zuletzt noch RGZ 117, 164, 133, 100, LG Hamm in WarnRspr. 1926 Nr. 154 und RAG in JW 36, 349.

19) Vgl. Hupka, S. 119 ff. u. d. dort (S. 121 Anm. 1) zitierten Entscheidungen.

Schriftsteller und Kommentare gefolgt[20]. Sie gehen wie die Praxis richtig davon aus, daß unter Umständen der gute Glaube an die Vertretungsmacht geschützt werden muß, auch wenn nachgewiesen wird, daß ein Wille des Geschäftsherrn zur Bevollmächtigung nicht vorhanden war. Um diese Wirkungen zu erreichen, erklären auch sie den Willen des Geschäftsherrn für die Gtundlage der Vertretungsmacht, behandeln aber die Frage nach dem Vorliegen und dem Umfang der Vertretungsmacht vom Standpunkt des Dritten aus[21].

Wird so der Schein einer Vollmacht als echte Vollmacht konstruiert, so scheut man sich andererseits, daraus die naheliegenden Folgerungen zu ziehen. Die echte Vollmacht, gleich, ob ausdrücklich oder stillschweigend erteilt, ist anfechtbar. Die Anfechtungsmöglichkeit wird aber meist gänzlich übergangen. Nur ausnahmsweise spricht das Reichsgericht — wenig überzeugend — von einer Anfechtungsmöglichkeit nach § 119 oder § 120 BGB.[22] Zwar ist es für den Verkehr untragbar, in diesen Fällen den vertrauenden Dritten auf den Anspruch aus § 122 BGB zu verweisen.[23] Aber die Konstruktion der stillschweigend erteilten Vollmacht führt notwendig zur Bejahung der Anfechtbarkeit, zu einer Verneinung ist sie gänzlich ungeeignet.

Andererseits verträgt sich diese Konstruktion in keiner Weise mit den Voraussetzungen, die die Gerichte für die Haftung des Geschäftsherrn in ständiger Praxis entwickelt haben.

Sie bejahen die Haftung nur dann, wenn der mit dem Mittler kontrahierende Dritte gutgläubig ist, d. h. wenn er den Mangel einer ausdrücklichen Bevollmächtigung weder kannte noch kennen mußte. Bei der Annahme einer stillschweigend erteilten Vollmacht hat aber diese Voraussetzung gar keine Bedeutung. Denn für das Entstehen der echten Vollmacht kommt ein guter oder böser Glaube des Dritten überhaupt nicht in Betracht.[24]

Die Voraussetzung, daß der Dritte das Verhalten des Geschäftsherrn kennt und dadurch zu der Annahme einer Bevollmäch-

---

20) vor allem Hanck, § 167, 56; RGRK Bem. 1 zu § 167 und Hupka, S. 119 ff. und Rehbein, S. 262.

21) Für die Praxis typisch sind vor allem die Entscheidungen des RG in WarnRspr. 1926 Nr. 154 RGZ 65, 292 ff., 100, 48, 117, 164. Vgl. auch RG in Gruch. 62, 235 und im Recht 1918, Nr. 669; OLG Karlsruhe im Recht 02, S. 482 Nr. 2194.

22) so in RGZ 105, 183; 71, 222. Vgl. dazu Baer, S. 19 ff.

23) Darauf hat besonders Wellspacher, S. 86 hingewiesen. Vgl. auch Staudinger, § 167 Anm. 5.

24) Vgl. Krause, S. 142.

tigung kommt,[25]) ist ebenfalls nicht unbedingt zur Konstruktion der stillschweigenden Vollmachtserteilung erforderlich. Denn für den Fall, daß die Vollmacht nicht gegenüber dem Dritten, sondern gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt wird, kommt es auf die Kenntnis des Dritten und seine Beweggründe gar nicht an. Wenn aus dem Verhalten des Geschäftsherrn eine stillschweigende Bevollmächtigung gefolgert wird, so liegt es doch sehr nahe, auf diese Möglichkeit der Bevollmächtigung einzugehen, falls der Dritte einmal von dem Verhalten des Geschäftsherrn keine Kenntnis hat.[26]) Das Reichsgericht hat das aber nirgends getan.

Arbeitet die Praxis zur Begründung der Haftung des Vertretenen mit einer Fiktion, so konstruieren andere eine widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutung.

So schneidet Hupka [27]) dem Geschäftsherrn den Gegenbeweis gegen die Schlüssigkeit seines Verhaltens dadurch ab, daß er, wenn dessen Verhalten oder das Verschweigen seines dem Schein widersprechenden Willens auf einem vorsätzlichen Verschulden beruht, den entgegenstehenden Willen des Vertretenen als eine unbeachtliche Mentalreservation erklärt. Fehle es an einem vorsätzlichen Verschulden, so müsse die Anfechtung der stillschweigenden Vollmachtserteilung gegeben sein. Hupka geht dabei richtig davon aus, daß es gesetzliche Festlegungen der Schlüssigkeit von Handlungen gibt, so z. B. in den §§ 56 HGB, § 714 BGB. Indes können die von ihm angezogenen Gesetzesbestimmungen in keiner Weise seine Konstruktion stützen. Wenn der Bevollmächtigungswille tatsächlich fehlt, dann liegt eben nach der herrschenden Lehre überhaupt keine Willenserklärung vor. Es bedarf nur eines Gegenbeweises gegen die Schlüssigkeit des Verhaltens und nicht der Anfechtung, denn diese setzt ja eine bereits entstandene Willenserklärung voraus.

Eine seltsame Konstruktion einer Art unwiderleglichen Vermutung findet sich bei Schloßmann.[28]) Er betrachtet die Vollmacht als ein außergerichtliches Geständnis des Vertretenen. Während nun aber im allgemeinen bei einem außergerichtlichen Geständnis der Gegenbeweis seiner Unrichtigkeit zulässig ist, soll bei der stillschweigend erteilten Vollmacht eine künstliche Steigerung dieses Geständnisses vorliegen, auf Grund deren der Gegenbeweis im In-

25) Vgl. z. B. RG in JW 1922, 1315, wo das Reichsgericht eine Haftung aus stillschweigend erteilter Vollmacht wegen mangelnden Kausalzusammenhanges zwischen dem Vertrauen auf den Rechtsschein und dem Abschluß des Rechtsgeschäfts mit dem Mittler ablehnt.

26) Vgl. v. Thur, II 2 S. 388 ff., insbes. 393, Schloßmann, II, S. 424, Ernst, S. 29.

27) S. 119 ff.

28) Bd. II S. 497 ff.

teresse des gutgläubigen Dritten ausgeschlossen ist. Daß dieser Theorie jede gesetzliche Stütze fehlt, ist offensichtlich. Sie ist bald auf Widerstand gestoßen und heute allgemein abgelehnt.[29])

Ist so versucht worden, in dem von der Rechtsprechung außerhalb der gesetzlichen Regelung entwickelten Scheinvollmachtsfällen das mangelnde Bevollmächtigungsbewußtsein des Geschäftsherrn zu fingieren oder zu vermuten, so erklärt eine Theorie Manigks das für die Existenz der „stillschweigend erteilten Vollmacht" ganz entbehrlich.[30]) Unter „stillschweigender Bevollmächtigung" im Sinne der einschlägigen Entscheidungen der höheren Gerichte versteht er einen Tatbestand, der, ohne eine echte stillschweigende Bevollmächtigung zu sein, den Wert und die Wirkung einer solchen hat. Er geht hierbei davon aus, daß ein Teiltatbestand einer Willenserklärung die Wirkung einer solchen auch dann haben kann, wenn der Handelnde zwar nicht das Erklärungsbewußtsein hat, aber den Sinn seiner Handlung bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen muß. Manigk spricht hier von „fahrlässigen Willenserklärungen". „Dem Handelnden wird der Sinn seines Verhaltens als Willenserklärung auch dann zugerechnet, wenn er gar nicht weiß, daß sein Verhalten dem Empfänger etwas erkläre, geschweige denn, was er erkläre. Hierin wurzelt die Kategorie der sogen. fahrlässigen, unbewußten, unbeabsichtigten Willenserklärung, bei der die Zurechnung unter dem Gesichtspunkt und nur dann stattfindet, wenn der Handelnde jenen Sinn bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte kennen müssen. Beim Aufbau des Systems der Rechtsgeschäfte darf, wie gesagt, nicht verkannt werden, daß sich auch in der Behandlung der fahrlässigen Willenserklärung die Begriffsmerkmale der Willenserklärung bewähren. Der Mangel des Kundgebungszwecks (Erklärungsbewußtseins) führt zur Anfechtbarkeit. Eine fahrlässige Erklärung ist, weil ihr ein Begriffsmerkmal der Willenserklärung fehlt, immer anfechtbar."[31]) Unter den Begriff der fahrlässigen Willenserklärung ist nach Manigk eine gewöhnliche Rechtshandlung, ein durch die äußere Erklärung gesetzter „Teiltatbestand" einer Willenserklärung zu verstehen, der im Interesse der Verkehrssicherheit und unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des vertrauenden Dritten beim Vorliegen bestimmten Voraussetzungen — vorbehaltlich der Anfechtung — die gleichen Wir-

29) Vgl. Wellspacher, S. 89, 99, Seeler, S. 8 ff., Goldberger, S. 20, Zitelmann, Bd. II S. 88.

30) Manigk, Beitr. z. Wirtschaftsrecht, S. 632, 640/42, Irrtum und Auslegung, S. 149 ff., teilweise im Gegensatz zu seiner früheren Meinung in „Willenserklärung und Willensgeschäft", S. 178 ff., ähnl. wie er Erbach, S. 7 ff., Dietz, S. 33 ff.

31) Manigk, Beitr. S. 640 f.

kungen äußert wie eine echte Willenserklärung.[32] Auch ein durch das unbewußte Dulden des Geschäftsherrn gesetzter Teiltatbestand der Bevollmächtigungserklärung ist demnach solange als stillschweigende Vollmachtserteilung anzusehen, als eine Anfechtung nicht erfolgt.

Die Ausführungen Manigks sind höchst bedenklich. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus gesehen, sind die „fahrlässigen Willenserklärungen" eine contradictio in adiecto, denn es gehört danach zur Existenz einer Willenserklärung, das Erklärungsbewußtsein[33]. Aber auch vom Standpunkt der nicht herrschenden, der objektiven Theorie, sind die fahrlässigen Willenserklärungen etwas Widersinniges. Denn nach ihr handelt es sich bei Fehlen des Erklärungsbewußtseins um echte, nicht bloß um fahrlässige Willenserklärungen. Allein, die Voraussetzungen für das Dasein einer Willenserklärung als der Grunderscheinung des gesamten Rechtslebens können nur einheitlich bestimmt werden. Entweder sind die für das Dasein einer Willenserklärung unerläßlichen Elemente vorhanden oder sie sind es nicht. Ist nur ein Teilbestand der Willenserklärung abgegeben, d. h. liegt zwar Erklärungswert und Handlungswille, nicht aber das Erklärungsbewußtsein vor, so genügt dieser Teiltatbestand nach herrschender Meinung nicht, eine Willenserklärung ins Leben zu rufen. Der Teiltatbestand kann auch nicht analog der Willenserklärung behandelt werden[34]. Es besteht keine Aehnlichkeit, sondern ein bloßer Mangel. Der Grundsatz von Treu und Glauben, auf den man sich beruft[35], kann dieser Mangel nicht beseitigen. Der Auslegungsgrundsatz der §§ 157, 242 BGB gilt nur für bereits entstandene, nicht für erst zur Entstehung kommende Willenserklärungen[36].

Die Theorie Manigks ist aber auch hinsichtlich der Konstruktion der Unanfechtbarkeit der stillschweigenden Vollmachtserteilung höchst bedenklich.

Manigk geht davon aus, daß das Gesetz in einigen Fällen unwiderlegliche Vermutungen aufstellt, so in den §§ 416, 496 BGB, 85, 362, 377 HGB. Außer solchen „legalen Typisierungen von Erklärungsakten" gibt es aber nach seiner Meinung auch Typisierungen durch Verkehrssitte und Sprachgebrauch. Wo das Gesetz keine unanfechtbaren Bestimmungen enthält, wo aber das anerkannte

32) Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 102 ff.; vgl. auch Ernst, S. 33.

33) Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 21 und Beiträge, S. 632, 638, 639 ff. unterscheidet ebenso wie Erbach und Dietz (vgl. bes. S. 33 f.) nicht zwischen dem Dasein und der Wirksamkeit einer Willenserklärung. Mit dem Begriff der Willenserklärung allein läßt sich das Problem nicht lösen.

34) Vgl. Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 21 ff. Beiträge, S. 632, 638, 639 ff, ihm folgend Dietz, S. 33 f.

35) Manigk, wie oben, Dietz, ebenda.

36) a. M. Manigk, Beiträge zum Handelsrecht, S. 638, 639.

Verkehrsbedürfnis aus demselben Grunde unanfechtbare Rechtsverhältnisse fordert, soll eine entsprechende Behandlung dieser Tatbestände eintreten[37]). Ein solcher Fall läge auch bei der sogen. stillschweigenden Bevollmächtigung vor.

Daß die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche die Fähigkeit besitzen. eine Willenserklärung unanfechtbar zu machen, muß bestritten werden. Sie kommen höchstens für den objektiven Erklärungswert als Auslegungsmittel in Betracht. Sie können aber die Grundsätze, denen jede Willenserklärung unterworfen ist, nicht aufheben oder abändern. Dazu ist vielmehr eine objektive Rechtsnorm erforderlich, d. h. es muß eine dahingehende gesetzliche Bestimmung bestehen oder aber die Handelsgewohnheiten und Gebräuche müssen sich zu Gewohnheitsrecht verdichtet haben. Eine entsprechende Anwendung der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen ist hier nicht statthaft, denn es handelt sich bei diesen um Ausnahmevorschriften.

Für die Tatsache, daß die Praxis die Haftung des Geschäftsherrn ausschließt, falls der Dritte den Mangel des Bevollmächtigungswillens kannte oder infolge Fahrlässigkeit nicht kannte, weiß Manigk zudem keine Erklärung zu geben. Um in diesen Fällen einen Ausschluß der Haftung herbeizuführen, muß man, wenn man eine stillschweigende erteilte Vollmacht annimmt, die Anfechtungsmöglichkeit zulassen. Diese aber wird ja von Manigk geleugnet.

Alle diese Konstruktionen, die den wahren Grund der Haftung des Geschäftsherrn in seinem Willen sehen, sind gekünstelt und können der Rechtsprechung nicht als stichhaltige Begründung dienen. Sie werden aber auch nicht dem wirklichen Leben gerecht. Der Dritte wird in der Regel gar nicht auf einen Willen des Geschäftsherrn schließen, sondern er nimmt angesichts der äußeren Umstände nur an, daß der Vertreter Vollmacht habe[38]). Er vertraut zunächst auf den äußeren Tatbestand des Vertretungsverhältnisses. Daraus erst wird er dann unter Umständen weiter folgern, daß tatsächlich eine Bevollmächtigung stattgefunden hat. Nicht der rechtsgeschäftliche Wille des Vertretenen ist also primär entscheidend für den guten Glauben des Dritten, sondern ein gewisser von dem Geschäftsherrn geschaffener tatsächlicher Zustand[39]).

In der Erkenntnis, daß die vom Willen des Vertretenen ausgehenden Begründungen der einschlägigen Rechtsprechung nicht nur

37) Manigk, Beitr. S. 661.
38) Krause, S. 140.
39) so richtig Wellspacher, S. 95 ff., vgl. auch Isay, S. 239.

konstruktiv falsch sind, sondern auch in keinem Verhältnis zu den von den Gerichten für seine Haftung entwickelten Grundsätzen stehen, hat es nicht an Versuchen gefehlt, auf anderem Wege zur gerechten Entscheidung zu kommen.

Hierher gehört der Versuch, die Rechtsprechung damit zu begründen, daß man sagte, die von den Gerichten unter bestimmten Voraussetzungen angenommene Haftung des Geschäftsherrn beruhe auf Gewohnheitsrecht[40].

Weiter kann man auf die dehnbaren Gesetzesbestimmungen der §§ 157, 242 BGB und legte dar[41], daß die durch die Praxis bejahte Haftung eintrete, weil dies Treu und Glauben, die beherrschenden Gesichtspunkte unseres gesamten Rechts, verlangen.

Daß solche Begründungen[42] zur Not ausreichend sind, soll nicht bestritten werden. Man sollte aber die sehr dehnbaren Bestimmungen der §§ 157, 242 BGB und allgemeine Billigkeitserwägungen nur dann anwenden, wenn andere gesetzliche Bestimmungen nicht ausreichen.

Im folgenden Kapitel soll nun dargelegt werden, daß zur Begründung der in Frage stehenden Entscheidungen die gesetzlich geregelten Fälle von Scheinvollmacht herangezogen werden können, indem man den ihnen allen zugrundeliegenden Rechtsgedanken auch auf die nicht geregelten hierher gehörigen Fälle im Wege der Rechtsanalogie anwendet.

2. Kapitel:

Ihre Einordnung in das geltende Rechtssystem durch analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Scheinvollmacht.

Aus den Bestimmungen des BGB und des HGB und seiner Nebengesetze, vornehmlich der §§ 171 ff. BGB, ist zu erkennen, daß der gutgläubige Dritte geschützt wird, wenn er auf den Bestand oder Fortbestand oder einen bestimmten Umfang einer Vollmacht vertraut und dieses Vertrauen einen durch den Vertretenen geschaffenen äußeren Tatbestand zur Grundlage und zur Rechtfertigung hat. Solche das Vertrauen des Dritten rechtfertigenden Tatbestände sind u. a.: die konstitutive Erklärung dem Dritten gegenüber, die besondere Mitteilung und die öffentliche Bekanntmachung der erfolgten Bevollmächtigung, der Besitz der Vollmachtsurkunde,

40) Diese Möglichkeit wird vor allem von Heymann, S. 327 anerkannt.

41) vgl. Baer, S. 29; Schmidt-Colinet, S. 61; H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 36 und RG im Recht, 1918, Nr. 669.

42) Vgl. hierzu Baer, S. 29 und dort zitierte Entscheidungen.

die Stellung eines Handlungs- oder Versicherungsagenten, eines Angestellten, eines Korrespondentreeders oder Schiffers. Stets muß also ein Rechtsscheintatbestand vorliegen, d. h. ein Sachverhalt, der nach außen auf das Vorliegen einer Vertretungsmacht hindeutet und bei dem man im Verkehr ohne weiteres voraussetzt und voraussetzen darf, daß hinter dem Vollmachtsschein eine tatsächliche Vollmacht steht. Auf das für die echte Vollmacht begriffswesentliche Willensmoment kommt es also nicht an: die Haftung des Vertretenen tritt in allen diesen Fällen unabhängig von seinem Willen ein.

Kennzeichnend ist aber für diese Haftung nicht nur das Rechtsscheinprinzip, sondern auch das Veranlassungsprinzip. Nur dann ist der Geschäftsherr an die vom Vertreter ohne Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte gebunden, wenn er den äußeren Tatbestand, der den Schein einer Vollmacht hervorruft und dem der Dritte vertraut, geschaffen (veranlaßt) hat.

Der dritte wesentliche Grundsatz liegt in dem Schutz nur des gutgläubigen Dritten.

Kennzeichnend ist schließlich, daß die so geschaffene Haftung des Geschäftsherrn nicht wieder durch Anfechtung beseitigt oder eingeschränkt werden kann.

Aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Scheinvollmacht kann somit der allgemeine Grundsatz entnommen werden, daß der Geschäftsherr den durch sein eigenes vertretbares Verhalten entstandenen Schein der Vollmacht gutgläubigen Dritten gegenüber gegen sich gelten lassen muß. Läßt sich aber aus den einzelnen Gesetzesvorschriften ein allgemeines Prinzip abstrahieren, so liegt es nahe, solche Fälle, die sich zwar nicht unmittelbar unter die einzelnen Bestimmungen subsumieren lassen, die aber wegen ihrer Aehnlichkeit oder Gleichheit unter das Prinzip fallen, gemäß diesem Prinzip zu behandeln.[1] Das kann im Wege der Analogie geschehen, und zwar ist hier die Rechtsanalogie am angebrachtesten. Der allgemeine Rechtssatz wird danach aus dem Zusammenhange aller einschlägigen Rechtssätze, wenn nicht aus dem Ganzen der geltenden Rechtsordnung abgeleitet, um dann den Einzelfall mit seiner Hilfe zu entscheiden.[2] Die hier zuweilen auch angewandte Gesetzesanalogie [3] erscheint nicht ausreichend, ein allgemeines Prinzip der Scheinvollmacht zu rechtfertigen. Man kann die den gesetzlichen Scheinvollmachtstatbeständen zugrundeliegenden Rechtsgedanken

1) Goldberger, S 76, Regelsberger, in KritVJSchr. 24 S. 290 ff, H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 35, Schmidt-Colinet, S. 62 f, Vollmers, S. 61.

2) wie hier Goldberger, S. 79 Anm. 12, Regelsberger, in KritVJSchr. 24 S. 290 ff.

3) v. Rümelin, S. 301, Wellspacher, S. 100 ff.

in ungekünstelter Weise nur aus dem Zusammenhalt der gesamten hierhergehörigen Bestimmungen erkennen, wenn auch im allgemeinen eine analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB zur Begründung der Haftung des Geschäftsherrn aus Scheinvollmacht genügen wird.

Aus der Tatsache, daß das Gesetz nur einzelne Fälle von Scheinvollmacht geregelt hat, mit einem argumentum e contrario die Unzulässigkeit der Analogie zu folgern,[4] erscheint wenig überzeugend. Der Gesetzgeber hat ein allgemeines Prinzip der Scheinvollmacht offenbar nur deshalb nicht ausgesprochen, weil er sich sämtlicher dahin gehöriger und im Laufe der Rechtsentwicklung noch hinzukommender Fälle nicht bewußt war. Er hat nur einige besonders wichtige und dringend nach einer Regelung verlangende Fälle behandelt. Wenn aber alle vom Gesetz geregelten Fälle einheitlich darauf hinauslaufen, im Interesse der Verkehrssicherheit den gutgläubigen Dritten zu schützen, wenn er berechtigterweise auf den Schein einer Vollmacht vertraut, so wäre es mit den unser Recht beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben kaum vereinbar, wollte man bei ähnlichen, wenn nicht gleichen Interessenlagen eine andere Regelung treffen, nur weil diese Fälle eine ausdrückliche Regelung im Gesetz nicht gefunden haben.[5]

Daß die sinngemäße und erweiterte Anwendung der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen am besten die Entscheidungen der Praxis zu begründen vermag und den von ihr und der Rechtslehre entwickelten Voraussetzungen für die Haftung aus Scheinvollmacht entspricht, soll im einzelnen in den folgenden Abschnitten durch eine Gegenüberstellung dieser Voraussetzungen dargelegt werden.[6] Damit werden aber auch gleichzeitig die Grundsätze des allgemeinen Prinzips der Scheinvollmacht festgelegt.

A. Der Rechtsscheintatbestand als objektive Grundlage der Scheinvollmacht.

Wie schon ausgeführt, setzt das Gesetz für die Haftung aus Scheinvollmacht einen objektiv rechtfertigenden Tatbestand voraus, so z. B. die besondere Mitteilung oder die öffentliche Bekanntma-

4) v. Tuhr, S. 395 Anm. 118.

5) ähnl. Vollmers, S. 61; Ernst, S. 62.

6) Auf analoge Anwendung, namentlich der §§ 171, 172 BGB haben hingewiesen Schloßmann, Rümelin, ArchzivPrax. 93, 131 ff.; Wellspacher, S. 95 ff.; v. Seeler, ArchbürgR. 28, 1 ff. 36 ff., 51; Heymann, S. 287 ff.; Jacobi, in JW 25, 2449 und in KritVJSchr. 49, S. 84 ff.; Schmidt-Rimpler, in Ehrenbergs Handb. V, 1 S. 220 und in JW 1922, 1249; Rümelin, Archziv. Pr. 93, 301; Dernburg, Bürgerl.R Bd. I § 163 V; Isay, S. 239; Ernst, S. 40 ff.; zustimmend auch Staudinger-Riezler, vgl. insbes. § 167 Anm. 9. Für entsprechende Anwendung auch RG in DJZ 1913, 642 und OLG Dresden, Rspr. 35 314. Gegen entsprechende Anwendung vor allem Manigk, Beitr. S. 603 ff.

dung der stattgefundenen Bevollmächtigung, die Vorlage der Vollmachtsurkunde durch den Vertreter usw. — Auch die Praxis setzt für die nicht im Gesetz geregelten Fälle der Haftung aus Scheinvollmacht einen Rechtsscheintatbestand voraus[7]). Ob ein solcher schutzwürdiger Rechtsschein vorliegt oder nicht, beurteilt sich nach dem in die äußere Erscheinung tretenden Verhalten des Geschäftsherrn oder auch seines Vertreters[8]). Die Rechtsprechung betont immer wieder, daß es hauptsächlich auf das Verhalten des Vertretenen ankomme[9]). Indes kann es vorkommen, daß der Dritte keine unmittelbare Kenntnis von dem Verhalten des Geschäftsherrn hat. Dann kann das Verhalten des Vertreters für die Frage eines objektiv rechtfertigenden Tatbestandes die gleiche Bedeutung haben wie das des Geschäftsherrn. Mittelbar wird aber der Dritte auch dann aus dem Verhalten des Vertreters auf das des Geschäftsherrn schließen, so daß es doch schließlich wieder auf dessen Verhalten ankommt.

Schon aus einigen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts ist zu entnehmen, daß nicht jeder Schein einer Vollmacht die Wirkung einer Vollmacht hervorrufen kann, sondern nur der Schein, der objektiv auf einen entsprechenden Inhalt schließen läßt. Wer ohne rechtfertigende äußere Umstände, wenn auch gutgläubig, an das Vorhandensein einer Vollmacht glaubt, wird nicht geschützt[10]).

Ein objektiv schutzwürdiger Rechtsschein ist dann gegeben, wenn das Verhalten des Vertretenen in Bezug auf die Handlungen des Vertreters den Erklärungswert einer Bevollmächtigung hat, d. h. m. a. W. wenn ein unvoreingenommener Beurteiler nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Gesamtumstände und unter Zugrundelegung der Verkehrsanschauung aus dem Verhalten schließt und schließen darf, der Vertreter sei wirklich bevollmächtigt[11]).

Solches Verhalten des Geschäftsherrn kann in der verschiedensten Weise zum Ausdruck kommen. Nur die wichtigsten hierhergehörigen Fälle sollen im folgenden besprochen werden, unter denen wir zwei typische Gruppen unterscheiden können. Es sind

7) Ueber die Bedeutung der den Schein einer Vollmacht erzeugenden Momente vgl. im einzelnen bei Wellspacher, S. 96; Isay, S. 232 f., 238 f; Oertmann, Rechtsschein, S. 467.

8) Vgl. z. B. RG im Recht 08, Nr. 1060; LZ 1911, 221; 1918, 853; ferner RGZ. 50, 76; 65, 295.

9) Vgl. z. B. RGZ 108, 185; 117, 165; 119, 204.

10) Vgl. insbes. ROHG IXX, S. 123; X, S. 104; XIII S. 210; ferner OLG 13, 328; Warneyer 1913 Nr. 130, Baer, S. 12, 24.

11) Vgl. Entsch. RGZ 65, 292; 67, 433; 71, 221, 223; 73, 349; 118, 236; 133, 100; ferner in JW 1925, 1753, 10; 1927, 1089, 8; 1249 Nr. 5; 1930, 3763, 25; Recht 1923 Rspr. Beil. Nr. 219; Seuff. Arch. 84, 136 und neuestens die Entsch. des RAG in JW 36, 349 Nr. 55.

dies Fälle der wiederholten oder fortgesetzten Billigung oder Duldung und solche der typischen Anstellung.

Zahlreich sind in der Praxis die Fälle, in denen der Geschäftsherr, ohne tatsächlich Vollmacht zu erteilen, es nicht verhindert, daß ein anderer in seinem Namen Geschäfte abschließt. So, wenn der Geschäftsherr das Auftreten einer Person als Bevollmächtigter längere Zeit duldet, ohne sich gegen den dadurch hervorgerufenen Vollmachtsschein deutlich zu verwahren.[12] Hauptsächlich werden diese Fälle der Duldung und Billigung praktisch bei Personen, die in Geschäftsbetrieben tätig sind und Verbindung mit dem Publikum haben. Der Prinzipal verhindert z. B. nicht, daß ein Lehrling für ihn rechtsgeschäftliche Handlungen vornimmt und so als Handlungsbevollmächtigter erscheint.[13] Ein Verhalten des Geschäftsherrn, welches nach Treu und Glauben das Publikums zu der Annahme veranlassen kann, der Angestellte sei zum Abschluß von Geschäften bevollmächtigt, kann nach einer Entscheidung des Reichsgerichts [14] nicht nur dann vorliegen, wenn sich jemand bei der Eingehung gewisser Geschäfte eigener Angestellter bedient, sondern auch, wer die Angestellten einer andern Anstalt oder Firma, welche gleichartige Geschäfte betreibt, für sich arbeiten läßt. Wichtig ist auch der Fall, daß ein Anwalt wiederholt zuläßt, daß sein Bürovorsteher Zahlungen entgegennimmt.[15] Hierher gehört schließlich auch der Fall, daß der Geschäftsherr des öfteren den Gebrauch seiner mit Aufdruck versehenen Geschäftspapiere, seiner Firmenstempel, Drucksachen und dergl. zuläßt.[16] Wer einen Angestellten Geschäftsbriefe, welche Verhandlungen über den Abschluß von Geschäften betreffen, namens der Firma zeichnen und unterschreiben läßt, betätigt ebenfalls ein Verhalten, auf Grund dessen man nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte annehmen kann, der Angestellte sei zur Führung dieser Verhandlungen berechtigt.[17] In allen diesen Fällen liegt ein objektiv rechtfertigender Vertrauenstatbestand vor, wenn der Geschäftsherr fortgesetzt oder zumindestens mehrmals die Handlungen seines Vertreters geduldet oder gebilligt hat.[18]

Ebenso kann die Haftung des Geschäftsherrn für Handlungen eines Angestellten, die über dessen tatsächliche Befugnisse hinaus-

12) RGZ 65, 295; 76, 202; 100, 48; 105, 185; in LZ 1918, 853; JW 01, 844; Warn. 1923/24 Nr. 157.

13) Vgl. Baer, S. 7 u. dort angeführte Entschdg.

14) Vgl. hierzu RG in JW 22, 1315 Nr. 2; weitere Beispiele bei Hupka, S. 121 Anm. 2.

15) RG 133, 100.

16) RG 106, 102; 105, 183; in JW 1922, 1315; vgl. auch Baer, Abschn. III.

17) RG 100, 49; RAG in JW 36, 349 Nr. 55;

18) Vgl. Staudinger, 167, 5; Hupka, S. 181 ff.; Vollmers, S. 58.

gehen, begründet werden, wenn der Geschäftsherr durch sein Verhalten den Rechtsschein verursacht hat, der Angestellte sei auch zu diesen Handlungen ermächtigt.[19])

So hat z. B. das Reichsgericht [20]) angenommen, daß der Geschäftsherr, der es duldet, daß ein Angestellter längere Zeit hindurch für die Firma Wechsel giriert, damit nach außen unzweideutig und ohne Einschränkung kund gibt, daß der Angestellte berufen sei, im Wechselverkehr der Firma für diese verbindlich zu zeichnen, also Wechselverbindlichkeiten nicht nur durch Giro, sondern auch durch Akzept einzugehen. Hat jemand Vollmacht erteilt mit nach außen nicht erkennbaren Beschränkungen, so liegt neben der wirklichen, beschränkten Vollmacht eine Scheinvollmacht in dem weiteren Umfange vor, den die Verkehrsanschauung in dem bestimmten Falle gewöhnlich als gegeben voraussetzt.[21]) Das gilt nur dann nicht, wenn, wie bei der Prokura, der Umfang der Vollmacht gesetzlich festgelegt ist. Im allgemeinen kann angenommen werden, daß die Vollmacht, die zu einem bestimmten Zweck erteilt wurde, sich auf alle Handlungen erstreckt, die zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich sind oder wenigstens den Umständen nach für zweckdienlich gehalten werden dürfen.[22])

Aber auch der Umfang der Scheinvollmacht selbst richtet sich danach, inwieweit der Handelnde auf Grund des Verhaltens des Prinzipals als berechtigt anzusehen ist. Die objektiven Umstände des Einzelfalls sind es auch hier, die einen nach Treu und Glauben berechtigten Schluß auf den Umfang der vermeintlichen Vollmacht zulassen. Sie sind also nicht nur Grundlage für die Existenz, sondern auch für den Umfang der Scheinvollmacht.[23])

Ebenso wichtig sind die Fälle von Anstellungen, mit denen nach der Verkehrsanschauung gemeinhin eine Vollmacht bestimmten Umfanges verbunden ist[24]), oder wo ein Auftrag erteilt ist, der

19) Das RG (133, 100; 118, 236; lehnt sich hier hauptsächlich an die Bestimmungen der §§ 56, 54, HGB an. Vgl. a. RGZ 23, 250; RAG in JW 36, 349 Nr. 55 Oertmann § 164, 6; — im einzelnen: Staudinger § 167, 14; Hupka, S. 180 ff.; Ehlerding, S. 15.

20) Bd. 117, 164 ff.; ähnliche Fälle im RG 117, 166 und RG im „Recht" 1918, Nr. 765 (Duldung von Wechselgirierungen). Vgl. auch RG 119, 204.

21) Goldberger, S. 75; „Recht" 1916 Nr. 1070; Warn, § 167, 4; a. A. v. Tuhr, S. 397 ff.; Biermann, S. 117 f.

22) Staudinger, § 167 a, 14; Hupka S. 184 ff.; vgl. auch RGZ 73, 349; SeuffA 12 Nr. 237; 15 Nr. 22; 21 Nr. 271.

23) Hupka, S. 179; H. H. Meyer, S. 19.

24) s. RGZ 86, 99; OLG Hamm, in OLGR 30, 390; SeuffA 76, 73; vgl. ferner Ehlerding, S. 56; Schmidt-Colinet, S. 57 ff.

sich ohne Vertretung und Vertretungsmacht nicht sachgemäß ausführen läßt[25]). Wer z. B. als Guts- oder Hausverwalter, Kellner, Kassierer und dergl. angestellt ist, muß in der Regel als ermächtigt angesehen werden, Geschäfte, die solche Personen gewöhnlich im Namen ihres Dienstherrn vorzunehmen pflegen, auch dann rechtswirksam für und gegen diesen abzuschließen, wenn eine ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung nicht stattgefunden hat. Der objektiv die Haftung des Geschäftsherrn rechtfertigende Tatbestand liegt in solchen Fällen in der Anstellung bzw. Beauftragung[26]).

Hierher gehören auch die Fälle, wo durch die berechtigte Führung eines Titels (z. B. im Versicherungsgewerbe der Titel eines „Subdirektors" oder „Generalagenten") ein Rechtsschein erzeugt wird[27]).

Erwähnung finden muß schließlich noch die für das Geschäftsleben überaus wichtige Frage, ob ein Kaufmann mit dem Aufstellen eines Telephons in seinen Geschäftsräumen einen ausreichenden Vertrauenstatbestand geschaffen hat, auf Grund dessen Dritte zu der Annahme berechtigt sind, die das Telephon bedienenden Angestellten seien berechtigt, Willenserklärungen für den Geschäftsherrn abzugeben oder entgegenzunehmen. Unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung von Treu und Glauben wird man das für die Entgegennahme von Willenserklärungen bejahen können, nicht aber auch für deren Abgabe[28]), falls dies nicht etwa im Bereiche einer ihnen sonst zustehenden Vertretungsmacht liegt[29]). Wer sich des Fernsprechers bedient, muß sich regelmäßig vergewissern, mit wem er es zu tun hat und ob sein Gegenüber zu der abgegebenen Erklärung befugt ist[30]). Aus dem Umstand allein, daß jemand für einen anderen am Telephon ist, kann man nicht schlechthin folgern, die betreffende Person sei auch bevollmächtigt, für den Geschäftsherrn rechtswirksame Erklärungen abzugeben[31]).

25) Lehmann, § 36 V 2a/3; Staudinger, § 167 A. 14.

26) RG im Recht 04, S. 15; vgl. hierzu Zitelmann II, S. 107 f.; Goldberger, S. 7 A. 14; Ehlerding, S. 16, 55; Vollmers, S. 59; Schmidt-Colinet, S. 58. Weitere Beispiele und Entsch. bei Staudinger, § 167 A. 14.

27) Vgl. RGZ 73, 302; VA. 1931, 91; KG in VA 1932, 23 Nr. 2250; JRdsch. 1931, 212.

28) so auch RGZ 102, 295; RG im Recht 1924, Nr. 597 und LZ 1925, Sp. 206; Nr. 3; OLG Hamburg in SeuffA 59 Nr. 109; Oertmann in ZHR 95, 483 u. jetzt auch Staub, § 54 A 13; Düringer-Hachenburg, § 54 A. 6; Staudinger, § 167, A. 11; JW 22, 1114, 1.

29) RGZ 61, 127; 102, 295; RG in JW 25, 611, 15 u. in SeuffA 77 Nr. 150.

30) RG im Recht 1924 Nr. 597; ferner RGZ 103, 98; und in JW 1925, 611.

31) s. auch die h. L. und jetzt auch Staub (12./13. Aufl. § 54 Anm. 13).

Ob und inwieweit im übrigen der Angestellte als zur Entgegennahme oder Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen berechtigt anzusehen ist, hängt ganz von den Umständen des Einzelfalles ab[32].

Wie lange ein das Vertrauen des Dritten rechtfertigender äußerer Tatbestand gegeben ist, muß ebenfalls unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles, nach Treu und Glauben, und nach der Verkehrssitte beurteilt werden. Eine bloße Erklärung an den Vertreter ohne Veränderung der äußeren Umstände vernichtet jedenfalls nicht den Rechtsscheintatbestand[33].

Rechtsscheintatbestände, auf Grund deren die Haftung des Geschäftsherrn eintritt, sind nicht nur für das Gebiet des Handelsverkehrs, sondern für das gesamte bürgerliche Rechtsleben anzuerkennen[34]. Die Haftung auf Grund eines Rechtsscheintatbestandes wird zwar in besonderem Maße im Handelsverkehr zu bejahen sein. Gerade kaufmännische Rechtsverhältnisse verlangen unbedingte Klarheit. Die Handelssitte verpflichtet den Kaufmann in ganz besonderem Maße zu einem unzweideutigen Verhalten, falls er es nicht so aufgefaßt wissen will, wie es vom Handelsverkehr nach Treu und Glauben beurteilt wird. „Die kaufmännische Anstandspflicht erfordert die Anwendung aller zu Gebote stehenden Vorsichtsmaßregeln, durch die eine Schädigung gutgläubiger Dritter vermieden werden könnte"[35]. Unter den strengen Voraussetzungen des Handelsverkehrs wird deshalb das Vorliegen eines objektiv rechtfertigenden Scheinvollmachtstatbestandes eher zu bejahen sein als im nichtkaufmännischen Verkehr. Aber das kann doch nicht dazu führen, für den nichtkaufmännischen Rechtsverkehr diese Möglichkeit schlechthin abzulehnen. Die Grundsätze von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes, die der Haftung aus Scheinvollmacht ihr wesentliches Gepräge geben, gelten für das gesamte bürgerliche Rechtsleben[36].

Eine Ausnahme gilt nur für die öffentlichrechtlichen Vertretungsbeschränkungen bei öffentlichen Anstalten und Körperschaften.

32) RGZ 61, 127; 102, 295; und im Recht 1923, Nr. 728; Seuff A. 80 Nr. 172; vgl. Staudinger § 167 Anm. 14; Staub § 54 Anm. 13; Vollmers, S. 60.

33) RG Warneyer 8 Nr. 273; Warneyer Komm. § 171, 2; Hupka, S. 425. Isay, S. 240.

34) Das RG hat die Haftung auf Grund „stillschweigender Bevollmächtigung" bisher meist nur auf das Gebiet des Handelsverkehrs beschränkt. Vgl z. B. RGZ 65, 292 und in JW 1927, S. 1089.

35) RG in JW 1928, 226.

36) Baer, S. 26; vgl. auch Erbach, S. 19; Heymann, S. 331.

Mit Recht hat das Reichsgericht [37] mehrfach ausgesprochen, daß die kommunalrechtlichen Bestimmungen öffentlicher Körperschaften über ihre Vertretung zum Schutze der betreffenden Körperschaften erlassen sind und dem öffentlichen Recht angehören. Die Grundsätze der Haftung aus Scheinvollmacht können deshalb für solche im öffentlichen Recht wurzelnden Mängel oder Beschränkungen der Vertretungsmacht grundsätzlich keine Anwendung finden.[38] So hat das Reichsgericht neuestens [39] ausgesprochen, daß die Grundsätze, die für den Anschein der Bevollmächtigung bei mißbräuchlicher Verwendung von Geschäftsbogen und Firmenstempeln im Handelsverkehr gelten, nicht bei Mißbrauch von amtlichen Briefbogen und Dienststempeln durch Beamte und Angestellte staatlicher Behörden angewandt werden können.

Ist die Bevollmächtigung einer Person satzungsgemäß (z. B. nach der Satzung einer Sparkasse) unzulässig oder schreibt die Satzung für die Erteilung der Vollmacht eine bestimmte Form vor, oder enthält sie Beschränkungen, so ist für die Anwendung der Scheinvollmachtsgrundsätze ebenfalls kein Raum. Das Reichsgericht hat aber in solchen Fällen anerkannt, daß derjenige, der das Auftreten eines anderen in seinem Namen duldet, wegen des in der Duldung liegenden Verstosses gegen Treu und Glauben unter Umständen schadensersatzpflichtig wird.[40]

B. Die Veranlassung des Rechtsscheintatbestandes durch den Geschäftsherrn als subjektive Grundlage der Scheinvollmacht.

Nicht jeder äußere Tatbestand, der das Bestehen einer Vollmacht vortäuscht und einen Schluß auf das Vertretungsverhältnis rechtfertigt, vermag die Annahme einer Scheinvollmacht zu begründen, sondern nur derjenige, der dem Geschäftsherrn in irgendeiner Weise zugerechnet werden kann. Der Geschäftsherr muß irgendwie am Zustandekommen des äußeren Tatbestandes beteiligt sein.[41] Der Dritte wird im Vertrauen auf den Rechtsscheintatbestand nur

37) Vgl. insbesondere RG in WarnRspr. 192, 234 Nr. 157; ferner RGZ 64, 414; 67, 269; 89, 433; 104, 205; 146, 49; JW 1931, S. 3090 Nr. 12 und Heymann, S. 287 ff.

38) Eine Ausnahme wird z. B. gemacht für die Geschäfte der laufenden Verwaltung. Vgl. RGZ 115, 316; 104, 205; JW 1912, 96; u. 925; RGZ 146, 50 und OVG 70, S. 119.

39) in SeuffA 89, 195.

40) so RGZ 116, 247 ff.; 122, 351 und in SeuffA 83, 142; vgl. auch JW 28, 1054 und 30, 1198 und 2129; Recht 30 Nr. 1065; wie hier auch Staudinger, § 167 Anm. 9.

41) Vgl. Oertmann, ZHR S. 461; Biermann, S. 120; Wellspacher, S. 106 mit Hinweisen anf die französische Jurisprudenz.

dann geschützt, wenn und soweit dieser Tatbestand dem Geschäftsherrn zurechenbar ist. Das ist einfach eine Forderung der Gerechtigkeit. Rechtspolitisch unhaltbar ist die Meinung,[42] wonach der vermeintliche Vollmachtgeber auch ohne jedes Zutun zu dem täuschenden objektiven Moment haftet, wenn es nur „für den jeweiligen Fall der Geschäftsführung typisch, normalerweise in seinem Bestande auf den Willen des Geschäftsherrn zu beruhen pflegt."

Sehen wir, welcher Art die Beteiligung des Geschäftsherrn an dem objektiv rechtfertigenden Vertrauenstatbestand in den gesetzlich geregelten Fällen der Haftung aus Scheinvollmacht ist.

Besonders kennzeichnend ist die Vorschrift des § 172 BGB. Hier beruht der Rechtsschein auf der Tatsache, daß der Vertreter eine Vollmachtsurkunde innehat und sie dem Dritten vorlegt. Das Zutun, die Mitwirkung des Geschäftsherrn zu dem Entstehen dieses Rechtsscheins liegt in der Aushändigung der Urkunde. Die Aushändigung der Urkunde und das Unterlassen ihrer Rückforderung ist die Ursache dafür, daß der in der Urkunde als zur Vertretung Bezeichnete solange als bevollmächtigt erscheint, wie er im Besitz der Urkunde ist.[43] Wie hier liegt es auch in den andern Fällen. In § 171 BGB liegt die Bedingung für die Haftung des Geschäftsherrn in der öffentlichen Anzeige oder in der besonderen Mitteilung einer stattgefundenen Bevollmächtigung und das Unterlassen der entsprechenden Gegenanzeige vom Erlöschen der Vollmacht. In den Paragraphen 54, 56 HGB ist die Anstellung in einem Laden durch den Prinzipal die Ursache dafür, daß der Angestellte zu Verkäufen und dergleichen als ermächtigt gilt, die Angestellte in einem derartigen Betriebe zu tätigen pflegen.

Daß dieses Bedingungsetzen auf einem Verschulden des Geschäftsherrn beruht, wird in allen diesen Fällen nicht vorausgesetzt. Es kommt in § 171 BGB z. B. nicht darauf an, ob der Geschäftsherr die Kundgebung vorsätzlich, d. h. in Kenntnis der Entstehung eines Rechtsscheins abgegeben hat oder ob ihm hierin eine Fahrlässigkeit zur Last fällt, d. h. daß er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt diese Wirkung hätte erkennen müssen. Die Haftung des Vertretenen beruht hier und in den entsprechenden anderen Fällen nicht auf dem Verschuldensprinzip, sondern, wie Wellspacher [44] eingehend dargelegt hat, auf dem Veranlassungsprinzip. Zwischen dem Verhalten des Geschäftsherrn, das in einem

42) Isays. S. 232 f. und 238 f. Gegen ihn vor allen Wellspacher, S. 102 ff.; vgl. Schmidt-Colinet, S. 13 f.

43) Vgl. hierzu und zum folgenden Wellspacher, S. 86, 102 ff.

44) und auch Oertmann, Rechtsschein, S. 480 ff.

Tun oder Unterlassen bestehen kann,[45] muß nur ein Kausalzusammenhang bestehen. Und zwar ein Kausalzusammenhang im Sinne der auch sonst im Zivilrecht vorherrschenden adäquaten Kausalitätstheorie. Von der Vorschrift des § 370 BGB darf in diesem Zusammenhange abgesehen werden. Wenn hier keine adäquate Kausalität zwischen dem Verhalten des Geschäftsherrn und dem Vertrauenstatbestand verlangt wird, so muß in dieser Regelung ein Sonderfall der Scheinvollmacht gesehen werden.[46]

Welcher Art muß nun in den analogen, gesetzlich nicht geregelten Fällen der Scheinvollmacht die Beteiligung des Geschäftsherrn an dem Zustandekommen des äußeren Scheins sein? Oft wird gesagt, daß der äußere Schein vom Geschäftsherrn veranlaßt oder wenigstens mitveranlaßt sein müsse.[47] Wellspacher[48] redet vom „Zutun" des Geschäftsherrn. In der Praxis findet sich an vielen Stellen die Bemerkung, daß der gute Glaube des Dritten nicht allein auf den Behauptungen des Vertreters beruhen dürfe, sondern auf ein Verhalten des Geschäftsherrn selbst zurückgehen müsse.[49] Andererseits wird Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Vertretenen von dem Verhalten des Vertreters verlangt.[50] Hieraus wird von vielen gefolgert, die Rechtsprechung gehe von dem Schuldprinzip aus.[51] Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.[52]

Machen wir uns zunächst klar, daß man von einem Verschulden des Vertretenen in doppelter Hinsicht reden kann: einem Verschulden im Hinblick auf Kenntnis oder Unkenntnis von dem äußeren Verhalten und einem Verschulden hinsichtlich der Wirkung dieses Verhaltens, d. h. hinsichtlich des täuschenden Erfolges des Rechtsscheins. Ist nun dem Geschäftsherrn zwar sein äußeres Verhalten — meist das Unterlassen, dem Schein der Vollmacht entgegenzuwirken,[53] — bewußt, so ist damit keineswegs gesagt, ob ihn eine Schuld daran trifft, daß der durch den äußeren Tatbestand hervorgerufene Schein einer Vollmacht für echt genommen werden konnte, d. h. ob er die Täuschung des Dritten durch den entstandenen Rechtsschein schuldhaft herbeigeführt hat. Dazu ist weiterhin die subjektive Zurechenbarkeit des rechtswidrigen Erfolges nötig: zur

45) Vgl. Wellspacher, S. 100; v. Seeler S. 2.
46) Vgl. Wellspacher, S. 102 f.
47) v. Seeler, S. 36.
48) S. 86, 102, 242.
49) Vgl. u. a. RG Warn. 6 Nr. 130; Recht 1911, Nr. 290, JW 1922 1315, 2; OLG 13, 328.
50) RGZ 43, 189; 65, 292 ff.; Warn. 1913 Nr. 130; 1923/24 Nr. 157; Warn. 1926 Nr. 154.
51) so u. a. Manigk S. 649 Anm. 98 und dort Zitierte.
52) Vgl. z. Folgenden Ernst S. 49 ff.
53) vgl. hierzu ROHG 9, S. 104; 12, 210.

Kenntnis des äußeren Sachverhalts muß die Kenntnis des täuschenden Erfolges kommen. Auch von einem fahrlässigen Herbeiführen des täuschenden Erfolges kann nur gesprochen werden, wenn der Geschäftsherr bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht nur den äußeren Sachverhalt, sondern auch dessen täuschende Wirkung hätte erkennen müssen.

Das Reichsgericht hat aber nirgends Feststellungen darüber getroffen, ob der Geschäftsherr bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von dem äußeren Verhalten sich auch der Täuschung des Dritten bewußt war oder hätte bewußt sein müssen. Es verlangt nur als Voraussetzung der Haftung, daß der Geschäftsherr das Auftreten des Mittlers gekannt oder infolge Fahrlässigkeit nicht gekannt hat. Hiermit ist also nur die Kenntnis bezw. Unkenntnis von dem äußeren Verhalten des Vertreters gemeint. In Bezug auf den täuschenden Erfolg ist aber dieses vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten nur ein Glied in der Kausalreihe zwischen dem Verhalten des Vertretenen und dem täuschenden Erfolg, d. h. ohne dieses Verhalten wäre die Täuschung des Dritten gar nicht eingetreten.

„Das Verschulden" hinsichtlich Kenntnis oder Unkenntnis des äußeren Tatbestandes sagt also nur, daß das Verhalten kausal ist für den Erfolg. Es ist demnach festzustellen, daß die Rechtsprechung in Wahrheit nicht auf dem Verschuldensprinzip, sondern auf dem Veranlassungsprinzip beruht.

Der Veranlassungsgrundsatz ist mit Recht auch auf alle nicht gesetzlich geregelten Fälle der Haftung aus Scheinvollmacht anzuwenden.[54] Die Meinung,[55] die hier das Verschuldensprinzip anerkennt, führt leicht zu unbilligen Ergebnissen. Zwar wird oft ein Verschulden des Geschäftsherrn vorliegen. Aber bei mangelndem Verschulden ist der gutgläubige Dritte genau so schutzwürdig wie beim Vorliegen einer Schuld.[56] Besonders H. H. Meyer verlangt, daß die äußeren Umstände durch ein Verschulden des Vertretenen hervorgerufen sein müssen und begründet das damit, daß er sagt:

„Wollte man davon — dem Verschulden — absehen, so würde man in der Tat dem Bedürfnis des Dritten gerecht werden, unter Umständen auch dann, wenn ihm der Vorwurf der Leichtsinnigkeit nicht erspart werden kann, aber ungerecht gegenüber dem Vertretenen sein." [57] Hier wird aber übersehen, daß es in solchen

54) so auch Oertmann, § 171 1 ß und ZHR S. 95; v. Seeler, S. 236; Wellspacher, S. 102, 242; Goldberger, S. 11, 16 ff.; Ehlerding, S. 16 ff.; Schmidt-Colinet, S. 16 f. Ernst, S. 49 f. H. Mayer, Publizitätsprinzip, S. 88.

55) von H. H. Meyer, S. 14 ff.; Müller-Erzbach, ArchzivPr. 109, 129; Hupka, S. 120; Erbach, S. 21 ff.

56) Beispiele bei Goldberger, S. 11, 17; Vollmers, S. 21.

57) H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 16.

Fällen, wie noch näher zu zeigen sein wird, überhaupt an einem guten Glauben des Dritten fehlt und daß deshalb eine Haftung aus Scheinvollmacht gänzlich entfällt. Die Ansicht Meyers,[58] daß beim Vorliegen beiderseitigen Verschuldens abzuwägen sei, auf welcher Seite die größere Schuld liege und daß nach dieser Feststellung die Wirksamkeit der Scheinvollmacht zu bejahen oder zu verneinen sei, ist aus dem gleichen Grunde haltlos. Ist die „Schuld" des Geschäftsherrn noch so groß, die des Dritten noch so klein, immer entfällt die Haftung aus Scheinvollmacht, wenn dem Dritten in seinem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden kann.

Wenn wir uns hier für das Veranlassungsprinzip einsetzen, so soll die Veranlassung nicht im Sinne der Aequivalenztheorie verstanden werden, wonach Kausalzusammenhang immer dann bestehen würde, wenn die Willensbetätigung des Geschäftsherrn eine nicht hinwegdenkbare Bedingung des Erfolgs ist. Diese Theorie würde doch zu allzu unbilligen Härten für den Geschäftsherrn führen, da ja das Erfordernis des subjektiven Verschuldens als notwendige Korrektur des Einzelfalles fehlt. Die Veranlassung ist deshalb hier im Sinne adäquater Verursachung zu verstehen[59]. Demnach ist Kausalzusammenhang begründende Ursache nur die Bedingung, welche nach allgemein menschlicher Erfahrung generell zur Herbeiführung des Erfolges geeignet ist. Das heißt also, das Verhalten des Geschäftsherrn, das in einem Tun oder Unterlassen oder auch beidem bestehen kann, muß derart sein, daß es nach allgemein menschlichem Erfahrungswissen geeignet ist, einen äußeren Tatbestand hervorzurufen, auf Grund dessen man das Vorliegen einer Vollmacht annehmen darf[60].

Abschließend ist festzustellen, daß auch die Praxis und der größte Teil der Literatur das Veranlassungsprinzip für alle nicht vom Gesetz geregelten Scheinvollmachtstatbestände zum Grundsatz erhoben hat und daß dieser Grundsatz mit der Regelung der im Gesetz vorhandenen Scheinvollmachtstatbestände, insbesondere der §§ 171, 172 BGB übereinstimmt.

C. Der gute Glaube des Dritten.

Die dritte Voraussetzung der Haftung aus Scheinvollmacht ist, daß der mit dem Vertreter kontrahierende Dritte hinsichtlich der fehlenden Vollmacht gutgläubig ist.

58) S. 18; ähnl. Erbach, S. 27.

59) so dem Sinne nach auch Goldberger, S. 16; Wellspacher, S. 86, 102; Ehlerding, S. 17.

60) Vgl. Wellspacher, S. 100; v. Seeler, S. 2; Vollmers, S. 20.

Das Gesetz beschränkt, wie wir sahen, den Schutz auf gutgläubige Dritte. Die Haftung des Vertretenen auf Grund der §§ 170 ff. BGB tritt nach § 173 in Verbindung mit § 122 II, § 276 BGB nicht ein, wenn der Dritte den Mangel der gültigen Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte und auch in den Scheinvollmachtsfällen des Handelsrechts wird Gutgläubigkeit verlangt.

Auch für die nicht gesetzlich geregelten Fälle der Scheinvollmacht muß gelten, daß eine Haftung des Geschäftsherrn entfällt, wenn der Dritte — entsprechend den Bestimmungen der §§ 173, 122 II, 276 I 2 BGB — den Mangel oder die Beschränkungen der Bevollmächtigung gekannt oder infolge Fahrlässigkeit nicht gekannt hat[61]. Nur der gutgläubig Vertrauende ist schutzbedürftig.

Das Vertrauen setzt notwendig voraus, daß der Dritte den vom Vertretenen geschaffenen Rechtsscheintatbestand kennt[62]. Man kann auch sagen, es ist Kausalzusammenhang zwischen gutem Glauben und Rechtsscheintatbestand erforderlich[63]. Der Beantwortung der Frage, ob sich der Dritte in gutem oder bösem Glauben befunden hat, ist also die Frage voranzuschicken, ob der Dritte die äußeren Umstände kannte, welche die Annahme einer Bevollmächtigung objektiv gerechtfertigt erscheinen lassen.

Wann der Dritte gutgläubig ist, kann nicht allgemeingültig gesagt werden. Es kommt wesentlich auf die Umstände des Einzelfalls[64] an. Der Dritte hat eine Erkundigungspflicht, wenn ihm besondere Umstände bekannt sind, die nach allgemeiner oder besonderer Erfahrung der Annahme, es liege eine Vollmacht vor, offensichtlich entgegenstehen.[65] Eine allgemeine Erkundigungspflicht hat er aber nicht. Denn sonst wäre der ihm zugedachte Schutz nahezu illusorisch.[66]

Der kritische Zeitpunkt für den guten Glauben des Dritten ist der Augenblick des Abschlusses des Rechtsgeschäftes mit dem Mittler, und zwar muß guter Glaube solange vorhanden sein, bis der ganze Tatbestand des ihm gegenüber vertretungsweise vorgenommenen Geschäfts erfüllt ist. Da guter Glaube im allgemeinen

61) so zuerst ROHG 1, 152.

62) Ehlerding, S. 32; v. Seeler, S. 17 (gegen Goldberger, S. 18); vgl. auch Wellspacher, S. 101; Krause S. 154; Riezler, S. 100.

63) RG in JW 1922, 1315; Wellspacher, S. 101, 86.

64) Vgl. RGZ. 75, 299; 108, 48 und Baer, S. 25.

65) Vgl. Goldberger, S. 89; H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 17; Hupka, S. 431. RG 108, 127!

66) so richtig Hupka, S. 431; Goldberger, S. 89; Staub, § 54 Anm. 11; Recht 1916, Nr. 1070. A. A. v. Tuhr, S. 193 ff.

vermutet wird, hat der die Bösgläubigkeit geltend machende Geschäftsherr dafür die Beweislast.[67]

Geeignete Mittel, den guten Glauben des Dritten zu zerstören, sind vor allem besondere Mitteilung an den Dritten, öffentliche Bekanntmachung, deutlich sichtbarer Anschlag im Laden. Diese und ähnliche Erklärungen des Geschäftsherrn an den Dritten von dem Erlöschen, Nichtbestehen oder einem bestimmten Umfange der Vollmacht sind keine Willenserklärungen, sondern tatsächliche Mitteilungen ohne rechtsgeschäftlichen Gehalt[68]. Für die Frage, wann sie wirksam abgegeben sind, d. h. in welchem Zeitpunkt sie den guten Glauben des Dritten und damit die Wirkung einer Scheinvollmacht beseitigen, ist mit der herrschenden Meinung[69] der für die Willenserklärungen geltende § 130 BGB zwar nicht unmittelbar, wohl aber sinngemäß anzuwenden. Der Geschäftsherr muß vor Schaden geschützt werden, wenn seine Erklärung nach dem Zugehen — d. h. im Machtbereich des Empfängers abhandenkommt oder absichtlich nicht zur Kenntnis genommen wird. Hat er alles getan, um den Dritten über die wahre Sachlage aufzuklären, so ist es billig und gerecht, den Dritten den Schutz der Scheinvollmacht zu versagen, wenn ihm einmal die Anzeige — wenn auch ohne sein Verschulden — nicht zur Kenntnis gekommen ist. Die Dauer der Scheinvollmacht ist dann ausnahmsweise nicht durch das Dasein des guten Glaubens begrenzt[70].

Wichtig ist die Feststellung, daß der gute Glaube niemals den völligen Mangel der Geschäftsfähigkeit heilen kann. Der gute Glaube des Dritten ersetzt nur die mangelnde Vollmacht, nicht aber sonstige Mängel. Ist der Vertretene geschäftsunfähig, so kommt ein Schutz des Dritten auf keinen Fall in Frage. Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit ist aber eine Haftung möglich, da der äußere Tatbestand nicht durch ein rechtsgeschäftliches Handeln des Prinzipals hervorgerufen zu sein braucht[71].

Auch hinsichtlich des guten Glaubens des Dritten ergibt sich also für die gesetzlich geregelten und für die analogen Fälle eine Konkruenz der für die Haftung aus Scheinvollmacht wesentlichen Momente.

67) so u. a. auch Baer, S. 25 IV 1 Abs.; Schmidt-Colinet, S. 19; vgl. auch Staudinger. § 171 Anm. 13.

68) Oertmann, § 170, 4 und in „Rechtsschein", S. 470.

69) Oertmann, § 170, 4: Planck, § 171, 3; Goldberger, S. 37, 51 f., 61 f., Ehlerding, S. 36, 42.

70) wie hier Vollmers, S. 29.

71) so Oertmann, Rechtsschein, S. 460 f.; Ehlerding, S. 41; Vollmers, S. 24; a. M. v. Seeler, S. 8 Anm. 4; H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 13; Schmidt-Colinet, S. 18.

D. Unanfechtbarkeit des Rechtsscheintatbestandes.

Von größter Bedeutung für den Bestand der Haftung aus Scheinvollmacht ist es, ob die Haftung nachträglich durch Irrtumsanfechtung vernichtet oder eingeschränkt werden kann.

Es ist oben dargelegt worden, daß im Gesetz, namentlich in den §§ 171, 172 BGB die Haftung des Geschäftsherrn an äußere Tatsachen geknüpft ist und daß diese haftungsbegründenden Tatsachen nicht wieder durch Anfechtung zerstört werden können, gleichgültig, ob es sich hierbei nur um eine Rechtshandlung oder zugleich um eine externe Bevollmächtigung handelt.

Eine analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, insbesondere der §§ 171, 172 BGB, entspricht dem von der Praxis und der Literatur aufgestellten Grundsatz, daß die Haftung aus Scheinvollmacht in den gesetzlich nicht geregelten Fällen nicht wieder durch Anfechtung aufgehoben werden kann.

Auch für die analogen vom Gesetz nicht geregelten Fälle der Haftung aus Scheinvollmacht muß also gelten, daß die Scheinvollmacht der Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB entzogen ist. Eine Anfechtung der durch den Geschäftsherrn selbst nach der Verkehrsauffassung und nach Treu und Glauben geschaffenen Scheinvollmacht hätte jedenfalls die Bedeutung einer protestatio facto contraria[72]). Daß eine Anfechtung der Scheinvollmacht ausgeschlossen ist, erfordert überdies die Sicherheit des Rechtsverkehrs[73] und die Erwägung, daß das schutzwürdige Interesse des Dritten, zu dessen Gunsten ja allein eine Haftung des Geschäftsherrn aus Scheinvollmacht bejaht wird, durch die Zulassung der Anfechtung ganz erheblich gefährdet werden würde.

---

72) siehe hierüber Enneccerus-Nipperdey, § 144 V.

73) so auch Manigk, S. 658 ff. — wenigstens für das Gebiet des Handelsverkehrs.

Dritter Teil:

Die Scheinvollmacht als allgemeines Rechtsprinzip.

Wir konnten feststellen, daß sämtliche in Praxis und Literatur entwickelten Voraussetzungen der Haftung aus Scheinvollmacht in den gesetzlich nicht geregelten Fällen mit den die Haftung begründenden Prinzipien des Gesetzes, insbesondere der §§ 171, 172, 173 BGB übereinstimmen. Damit ist erwiesen, daß die entsprechende Anwendung der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen die einschlägigen Entscheidungen der Praxis weit eher zu rechtfertigen vermag als die Lehre von der stillschweigenden Bevollmächtigung. Daß die hier vertretene Auffassung jedenfalls als rechtspolitisch gerechtfertigt anerkannt werden muß, sollte nicht bestritten werden.

Damit sind aber auch gleichzeitig die Voraussetzungen für ein allgemeines Prinzip der Haftung aus Scheinvollmacht bestimmt, wonach die gesetzlichen Fälle nur als besonders wichtige Beispiele von rechtfertigenden Tatbeständen erscheinen.

Zum Schluß ist die Frage aufzuwerfen, in welchem Verhältnis der allgemeine Begriff der Scheinvollmacht zum zentralen Begriff der Vertretungsmacht steht.

In den Fällen der Haftung des Geschäftsherrn aus Scheinvollmacht hat der als Vertreter Auftretende weder Vollmacht noch gesetzliche Vertretungsmacht. Er hat also kein Vertretungsrecht. Die Bindung des Geschäftsherrn an die Handlungen des Vertreters tritt nicht ein, weil der Mittler eine Vertretungsbefugnis hat, sondern obwohl ihm eine solche nicht zusteht. Nur der Grundsatz von Treu und Glauben und das Verkehrsbedürfnis, nicht aber die Stellung und das faktische Können des Vertreters gegenüber dem Vertretenen sind der Grund dafür, daß das Tun des vollmachtslosen Vertreters so wirkt, wie wenn er bevollmächtigt wäre.[1] Die Scheinvollmacht ist also auch keine gesetzliche Vertretungsmacht oder eine „Erweiterung der Geschäftsfähigkeit." [2] Es ist vielmehr festzustellen, daß die Scheinvollmacht nicht eine dritte Erscheinungsform der Vertretungsmacht im Sinne eines Vertretungsrechts ist, sondern nur eine Reflexwirkung des Vertrauensschutzes des gut-

1) Vollmers, S. 32. v. Seeler, S. 2.
2) wie H. H. Meyer, Scheinvollmacht, S. 37 behauptet.

gläubigen Dritten.[3] Wenn das Gesetz auch bei den Scheinvollmachtsfällen den sonst nur im Sinne eines Vertretungsrechts verwandten Ausdruck „Vertretungsmacht" gebraucht, so ist es sich hierbei offenbar nicht bewußt, daß es sich lediglich um Reflexwirkungen des Schutzes des guten Glaubens des Dritten handelt.[4] Es versteht den Ausdruck Vertretungsmacht hier offensichtlich nur im Sinne eines faktischen Könnens. Daß diese Ausdrucksweise des Gesetzes die eigenartige zugunsten gutgläubiger Dritter geschaffene Rechtslage nicht hinreichend erklären kann und zu vielen Streitfragen in Literatur und Praxis Anlaß gegeben hat, ist im ersten Teil der Arbeit ausgeführt worden.

Sehr wichtig ist in diesem Zusammenhange noch die Beantwortung der Frage, ob der Scheinbevollmächtigte als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Sinne des § 179 BGB anzusehen ist. Die nicht herrschende Meinung sieht in dem Scheinbevollmächtigten einen Vertreter ohne Vertretungsmacht. Ihre Anhänger[5] legen dar, daß es unbillig ist, den Dritten nur an den Geschäftsherrn zu verweisen. Der gutgläubige Dritte bedürfe eines stärkeren Schutzes. In sinngemäßer Anwendung der Vorschriften über die unerlaubten Handlungen, namentlich der über die Gefährdungshaftung kommt z. B. Schmidt-Colinet zu dem Ergebnis, „daß der Geschäftsherr dem auf Grund der Scheinvollmacht abgeschlossenen Vertrag zustimmen kann, somit selbst auf Erfüllung des Vertrages haftet und eine Haftung des Vertreters gemäß § 179 BGB ausschließt, daß er aber auch die Genehmigung des Vertrages verweigern kann, dann zwar doch aus den Bestimmungen über Scheinvollmacht an den Vertrag gebunden bleibt, aber gleichzeitig eine Haftung des Vertreters gemäß § 179 BGB. zur Entstehung bringt." [6] Dieses Ergebnis ist nicht nur, wie Schmidt-Colinet meint, prima facie widersinnig,[7] jedenfalls ist es mit dem bestehenden Gesetz überhaupt nicht in Einklang zu bringen. Wie soll der Vertretene noch nach Geschäftsabschluß durch den Vertreter dem Vertrag seine Zustimmung erteilen können? Die Genehmigung setzt doch nach § 184 BGB ein zunächst unwirksames Geschäft voraus. Das Geschäft des Mittlers ist aber bereits auf Grund von Scheinvollmacht wirksam. Aber auch in anderer Hinsicht ist diese Meinung wenig über-

3) so auch v. Seeler, S. 2; Wellspacher, S. 87; Oertmann, § 171, 1; Schmidt-Colinet S. 25 ff. A. M. die herrschende Lehre.

4) Oertmann, a.a.O.; ebenso Wellspacher, S. 87.

5) v. Seeler, S. 7; vor allem Schmidt-Colinet, S. 29 ff., insbes. S. 32; ferner Vollmers, S. 32 ff.

6) Schmidt-Colinet, S. 33.

7) a.a.O.

zeugend. Von ihren Vertretern wird nicht oder nicht klar genug dargelegt, in welchem Verhältnis die beiden Haftenden zueinander stehen. Haften sie gesamtschuldnerisch? Wie vollzieht sich der Ausgleich? Gesetzliche Bestimmungen hierüber lassen sich jedenfalls nicht aus den §§ 164 ff. BGB entnehmen. Wenn ferner gesagt wird, daß, falls der Scheinbevollmächtigte selbst bösgläubig war, die alleinige Haftung des Geschäftsherrn für ihn eine unbillige Härte sei, so kann diese Argumentation auch nicht überzeugen. Denn der Vertretene, der auf Grund der Scheinvollmacht in Anspruch genommen wird, kann sich ja an den Vertreter aus dem mit ihm abgeschlossenen Vertrag (Dienst- oder Auftragsverhältnis) oder gar aus unerlaubter Handlung schadlos halten, falls dieser schuldhaft gehandelt hat.

Im Ergebnis ist vielmehr der herrschenden Lehre und der Praxis zu folgen, die den Scheinbevollmächtigten nicht als falsus procurator betrachtet. Es ist hierbei davon auszugehen, daß das Gesetz in § 179 unter dem Worte „Vertretungsmacht" nicht nur ein Vertretungsrecht versteht, sondern auch — in den Fällen der Scheinvollmacht — die tatsächliche Fähigkeit, des Vertreters, den Geschäftsherrn durch seine Handlungen zu binden [8]) Wir sahen ja, daß das Gesetz auch in den Scheinvollmachtsfällen diesen Ausdruck mangels eines treffenderen gebraucht. Entfällt also eine Haftung des Vertretenen, weil der Dritte die wahre Sachlage kannte oder infolge Fahrlässigkeit nicht kannte, so entfällt damit auch eine Haftung des Vertreters. Denn es handelt sich um einen Dritten, der den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte (§ 179 III 1). Daraus ergibt sich, daß die Grundsätze über die Scheinvollmacht die Anwendung des § 179 BGB wesentlich einschränken.

Mit diesen Ausführungen ist nachgewiesen, daß das Institut der Scheinvollmacht nicht ein dem geltenden Recht fremdes Gebilde ist, sondern sich notwendig aus dem Gesetz selbst ergibt und sich als eine Parallele zu dem aus Besitz und Grundbucheintragung fließenden Rechtsschein darstellt.

---

8) im Ergebnis wie hier H. H. Meyer, S. 21; vgl. auch RG Warneyer, 7 Nr. 1.